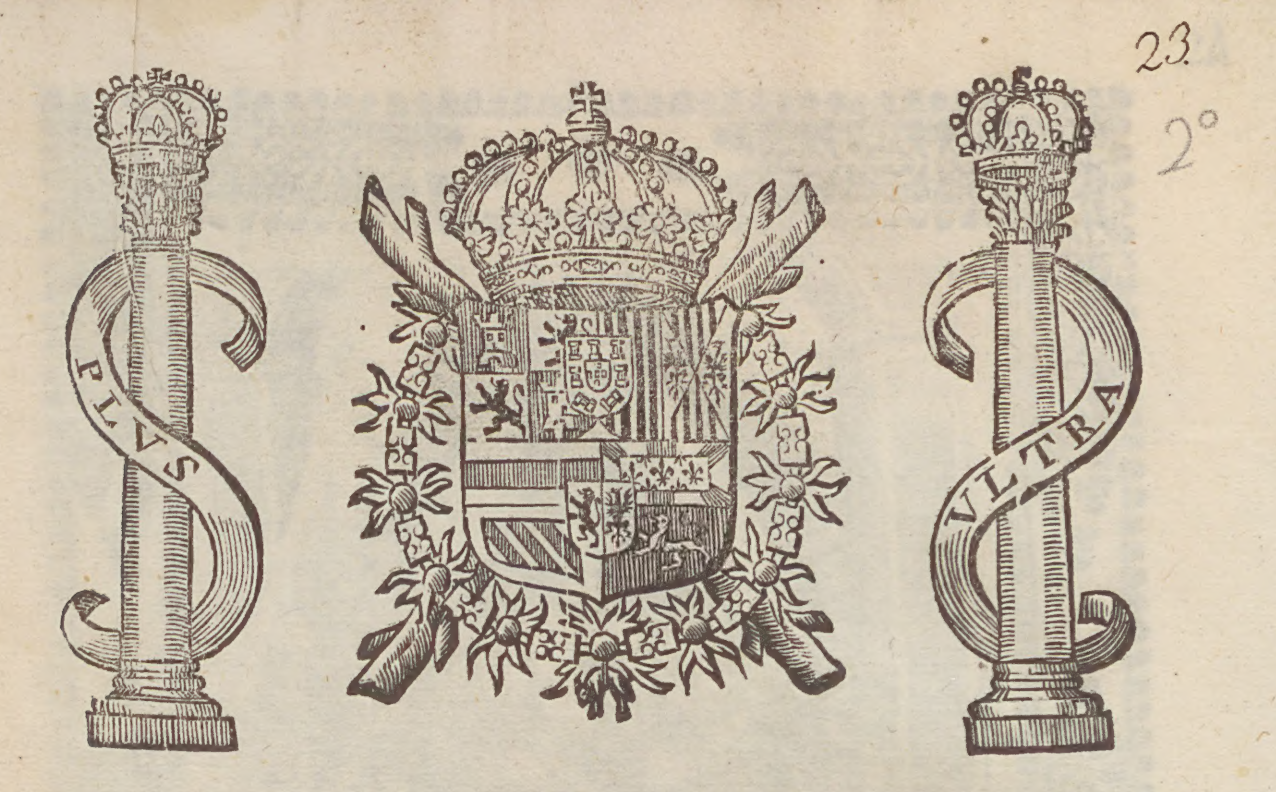


INFORME,

QVE EL LICENCIADO

D. MANVEL DE FVENTES,

DEL CONSEJO DE SV MAGESTAD, Y SV FISCAL
EN LA REAL AVDIENCIA DE ESTA CIVDAD
DE SEVILLA;

HIZO

EN LA CAUSA, QVE POR LOS SEÑORES
Alcaldes de la Sala del Crimen de dicha Real Audiencia,
se escriviò, contra Don Gaspàr de Yelbes, y
otros, por salteamientos, y
)diferentes delitos.(

* *
*





Tu mihi, Diva, fave, Cœlum cui militat omne,
quam trepidant Herebi sedes, cui terra, fretumque
vota precesque ferunt: nostro tu sancta labori
sis præsens, operique tuo largita futuro
præsidium, nostræ veniens illabere menti.
Tu licet à nostro spatijs in gentibus orbe
disiungare, suos quantum polus elevat ignes:
non tamen humanos casus oblita, tuumque
nil pertesa genus vigili mortalia cura
suscipis, & lachrymæ tangunt tua pectora nostræ.

Tu placidum terris Sydus, quod liberat omnes
á pelagi fervore rates, quod luce benigna
Saturni, Martisque graves eliminat iras,
tu nobis Helice, nobis Cynosura; per altum
te duce vela damus portus habitura secundos.
Tu Mare, tu Ventos, tu Sydera cuncta Deumque
concilias; tu tuta salus, tu pacis origo,
tu commune bonum, generis tu gloria nostri,
hùc ades, & cæptos præsenti numine cursus
dirige, & infirmam rege per vada cærula pupim.

✠

QVOVSQVE tandèm abvtère, Catilina, patientia nostra? Quandiù nos etiam iste furor tuus eludet? Quem ad finem se se efrenata iactabit audatia? Nihlil te nocturnum præsidium Palatij? Nihil Vrbis vigiliæ? Nihil timor Populi? Nihil consensus omnium bonorum? Nihil hic munitissimus habendi Senatus locus? Nihil horum ora, vultus que moverunt? Dixò Ciceron acusando á Lelio Catilina en la Oracion 29. Con quanta mas razon puedo prorumpir las mismas vozes acusando á este reo; hasta quando, ò facineroso Yelbes, has de abvsar de nuestrà paciencia? quando tu locura dexará de frustrar nuestro desseo? quando se verá refrenado tu atrevimiento? quando puesto termino á tus delitos? y quando ha de parar el curso de tus insultos? nada te atemorizò el nocturno presidio de las rondas? nada las desveladas centinelas de la Justicia? nada el temor de este, y de tantos Pueblos? nada el congreso de todos los buenos? nada el venerable, y supremo lugar de este Senado? nada la severidad, y Justicia de sus doctos, sabios, y prudentes Juezes? hasta quando? hasta oy; que llegaste á este Soberano Solio, donde cortando el buelo de tus remontadas ossadias se abata el orgullo de tu sobervia malicia. Oy te ves acusado de publico ladron, salteador famoso, de homicida, de incendiario, de desacato, y resistencia á la Justicia, y tantos delitos los colmaste con otro mayor, y aun increible, que dixo el mismo Cic. vbi sup. *Hoc scœlus etiam alio incredibili scœlere cumulasti.* Con el hurto sacrilego que executaste en la casa, y Templo de Maria Santissima Señora nuestra del Puerto; *ò tempora! ò mores!* exclama el mismo: *Senatus hoc intelligit, Consul videt: hic tamèn vivit, vivit?* El Senado lo conoce, la Justicia lo sabe: y este hombre vive, vive? Si, vive, y ha vivido por que no lo avia sabido el Senado; ha vivido, y vive porque no avia llegado á este Supremo Tribunál, aora llegará su castigo.

Ya, señor, está en el Supremo Tribunál de V. S. vn hombre (por quien parece que dixo Cic. *in Ver. lib. 2. Orat. 5. homo vita, factisque iam omnium opinione damnatus*) por su vida, y por sus hechos facineroso; vn hombre, que *nihil in ædibus cu-*

 ius-

iusquam, ne in oppidis quidem: nihil in locis communibus, ne in fanis quidem, nihil apud Siculum, nihil apud civem Romanum nihil denique istud, quod ad oculos, animumque acciderit, neque privati, neque sacri, neque profani, tota in Sicilia reliquisse: idem: vbi sup. lib. 6. Orat. 9. Vn hombre, que quanto se le puso en la imaginacion, y vieron sus ojos, ò publico, ò particular, ò Sagrado, ò profano, tanto ha robado, en todo el Reyno. No haze mi discurso este cumulo de delitos por aumentar, y hazer mas grave la causa, *neque verbi, neque criminis augendi causa complector omnia*, y ojalá fuesse por esto, y no por estar justificados, y cometidos. Vn hombre tan perverso, que yo, señor, en tanta multiplicidad de delitos, no sé como le llame, ò si ladron, ò si homicida, ò si sacrilego, ò si incendiario, ò si atrevido, y desatento á la Justicia; yo lo representaré á V. S. y ponderado el linage de cada vno, en su alta consideracion, le dará el nombre que mas convenga que dixo Cic. *vbi sup. Ego quo nomine appellem nescio: rem vobis proponam, vos eam suo nominis pondere perpenditote, genus ipsum prius cognoscite Iudices: deindè fortassè non magnopere quæretis, quo nomine apellandum putetis.*

O señor! y con que privilegios miro la Soberana Justicia de V. S. en esta causa, que quando todos los Tribunales de España han estado ansiosos de conseguirla, todos los Governadores, y Corregidores de sus Ciudades, desvelados, y puestos en arma para merecerla, solo la logrò el zelo de V.S. no ha sido accion humana; sino providencia Divina, que teniendo substituìda su Justicia, assi en este, como en los demás Tribunales, quiere que por mano de V.S. se execute, para la quietud de todo vn Reyno: *Id non humano Concilio (dixo Cic. lib. 2. Orat. 5.) Sed prope Divinitùs datum, atque oblatum vobis summo Reipublicæ tempore videtur.*

Entro con gran consuelo en esta causa, y espero que el fruto de mi trabajo ha de ser el de la Justicia de U. S. *Patior Iudices, & non molestè fero me laboris mei, vos virtutis vestræ fructum esse laturos. Idem lib. 3. Orat. 6.* defiendo la vindicta publica ofendida, toda vna Republica agraviada, y tantos Pueblos de temerosos injuriados, el bolver por ellos, el darles satisfaccion, el vindicarlos, es tanto de mi obligacion, como proprio de la Justicia de V.S. *Itaque mihi videor magnam, & maximam Ægram,*

&

& propè depositam Reipublicæ partem suscepisse, neque in eo magis meæ, quam vestræ laudi existimationique servisse.

Grande empeño, para mi corto esfuerço, grave el peso para tan debiles ombros, mucha la desconfiança; pero mayor el zelo, si á vista de lo arduo se atemoriza el discurso, á vista de la sabiduria de V. S. se alienta el desseo, fiado en ella puedo vencer lo dificil, si el cumplimiento de mi obligacion mereciere la aprobacion de V. S. supliendo mis defectos, saldré glorioso, si fuere de su menos acceptacion (que de su benignidad no lo espero) será sensible; pero no desmayaré, pues en su alta comprehension conocerá que no son mas mis fuerças, y que en quanto han podido han seguido, y proseguirán la defensa: *Qua propter vos oro, atque obsecro Iudices, vt attente bonaque cum venia verba mea audiatis; fide, sapientiaque vestra fretus plus oneris substuli, quam ferre me posse intelligo. Hoc onus si vos aliqua ex parte allevavitis, feram, vt potero studio, & industria Iudices, sin à vobis (quod non spero) deserar, tamèn animo non deficiam, & id quod suscepi, quoad potero perferam. Idem: pro Sext.* R*otio. Orat. 2.*

§. *Primero*

DE HURTO.

1. NO ay delito que no sea detestable, pero ninguno tan odioso en el derecho, como el hurto, que, ò ya por su gravedad, ò ya por su infamia, ò ya por el odio se conspiraron contra él las leyes, armòse el derecho de su rigor, y parece que para él dictò las palabras de la *ley Cum vir nubit in fœminam Cod. ad leg. Iul. de adult. iubemus insurgere leges & amari iura vltore gladio.*

2. No ay delito que no se exagere, pero en ninguno se adelantaron los Authores como en el hurto, de quien dixo *Pedro Greg. lib. 37. Sintagm. cap. 1. num. 1. Furtum maius, & gravissimum peccatorum dempto adulterio.* Comprobandolo Vlpiano *en la ley: Probum. 42. ff. de V. S. vt puta furtum, & adulterium natura turpe est.* Entre los Scitas era este el mas atroz delito, que re firiendo sus leyes algunos Authores dizen: *Nam Scitæ di-*

cunt nullum scelus furto gravius; Siendo el delito tal, que entregados los Griegos á este vicio, para oprobio de los facinerosos, quedò en adagio llamarles *Argivi fures*.

3. Olvidando las barbaras leyes de los Lacedemonios, y Egypcios, en donde eran permitidos los hurtos, y premiaban los ladrones; dandoles el lauro de habilidad, y destreza, en la ligereza, y sagacidad de hurtar, siendo ilustre timbre de los padres, el infame vicio de los hijos, como refiere *Aulo Gelio en sus noches athicas lib. 11. cap. fin. At Lazedemones in huiusmodi operibus primas partes tenentes filios suos optimos esse credunt, amplissimoque honore prosequuntur. Siquidém id laudi ferebant Lazedomones astuté, & plura furari.* Olvidando, y detestando tan barbaras, é iniquas leyes, es prohibido el hurto, por todos derechos.

4. Por derecho Divino *en el 7. del Decalago: Furtum non facies el cap. 20. del exodo num. 16. el Leviti. cap. 19. num. 11. non facietis furtum.* Y tambien, porque en el hurto se desttruye el precepto de la Caridad; porque por el hurto padece el robado, involuntariamente gravissima injuria, y esta es destructiva de la Caridad, como con *Sanct. Thom. secunda secundæ, quæst. 66. artic. 3. & sequenti*, afirma *Tapia en su cadena moral lib. 5. quæst. 9. art. 1. num.* 4. Y lo que mas horroriza en este delito, respecto de su malicia, que ni aun la misma Omnipotentia Divina quiere dispensarlo, dixolo el mismo *vbi sup. art. 2. num. 1. Ergò furtum formalitèr sumptum non potest á malitia purgari contra legem naturæ, & consequentèr neque á Deo præcipi, aut in eo dispensari.* Dando la razon de esta proposicion, *en el lib. 4. quæst. 27. art. 6. num. 3. y 8.* y mas claramente Suarez, *de legibus lib. 2. cap.* 13. 14. y 15. A cuyas opiniones, y demás Theologos me remito; por que todos los preceptos que provienen *à lege naturali*, son indispensables, ò afirmativos, ò negativos, los afirmativos mandan: *Id, quod ex natura, & essentia rei est bonum.* Los negativos prohiben: *Id, quod intrinsicè est malum.* Y assi no quiere la Omnipotencia Divina dispensarlos. T*enet Suarez vbi sup. num.* 26. T*apia vbi sup. lib.* 4. *num.* 3.

5. De estas doctrinas se infiere, que el hurto es prohibido por derecho natural (no el secundario como dize *Far. de furtis quæst. 165. num. 2. Furtum esse prohibitum iure naturali, non primevo, illud scilicèt quod est commune omnibus*

am-

animalibus, sed secundario, quod est commune omnibus gentibus) Sino es contra el primevo, como dizen *Juan Fabro in §. Furtum instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* y *Minsing. in eodem §. ibi legem naturæ esse neminem lædere, & sub hac comprehendi furtum.* Y esto se prueba claramente de la *ley 1. §. Furtum ff. de furtis, quod iure naturali prohibitum est admitere §. Furtum instit. vbi sup. leg. probum 42. ff. de V. S.* y *la Glosa de la ley 1. en el mismo §. litt. I.* lo expressa: *sic sentio, iure naturali etiam primo furtum committi nefas esse. Noster Pichardus in dict. §. ex num. 68. Angelo in eodem quia naturalis ratio indicat talia fieri non debére.*

6. Comprueba esta doctrina *Pinelo de rescindenda venditione: part. 1. cap. 1. num. 21.* Porque la razon natural dicta, que lo que vno no quiere para si, no lo desseé para otro, ò execute contra otro: *Azebed. in leg. 1. tit. 11. lib. 8. recop. num. 10.* Y esto es conforme á el mismo derecho porque es contra el *aliquem cum damno, & iactura alterius locupletari ex leg. 14. ff. de condict. in deb. leg. 206. de reg. jur. Dom. Covarr. in cap. peccatum de reg. jur. in 6. part. 2. §. 6. num. 1.* Y como cometiendo el hurto se contraviene á estos preceptos, se opone á el derecho natural primevo, que si no expressamente, *saltim tacita,* lo prohibe, porque *ratio naturalis quædam lex tacita censetur, ex leg. cum ratio de bonis dam.* Y aun tacitamente enseña tambien, que se debe castigar el hurto, como dize *la Glosa, en la ley 1. §. furtum vbi supra, hoc tacitè natura indicat, furtum puniendum esse.*

7. Y assi el hurto es prohibido, por este derecho, que estriva en la razon natural, en que se distingue del que constituyò *Farin. vbi supr.* comun á todos los animales; porque este no es derecho, ni puede llamarse tal, sino es vn impetu, vn afecto, y vna inclinacion; como dixo *Pichardo in §. 1. instit. de iur. nat. num 4. quia potius naturæ impetus afectus, & inclinatio dici debuit, quam ius. Molina de iust. & iur. tom. 1. disp. 6. per tot.* Y en esto es comun á todos los animales. Pero el derecho natural, como derecho, propria, y verdaderamente, solo conviene á los hombres, á los quales la misma naturaleza les puso luz; para separar, y distinguir lo bueno de lo malo, y esta es la ley natural, que es la fuerça del entendimiento; con que distin-

guimos estos afectos propria sola de los hombres.

8. Esto lo comprueban las palabras *del Psal.4. Signatum est super nos lumen vultus tui Domine*; donde dize *Mol. vbi sup. disp. 3. quod sanè lumen aliud non est, quam vis ipsa intellectus, qua ea, quæ ex natura sua sunt bona, ab ijs, quæ ex se mala sunt secernimus, ac diiudicamus; consequens profecto est, vt ius naturale a Deo optimo Maximo sit mentibus nostris inditum, naturisque ipsis rerum impressum.* Con que se evidencia, que es el hurto, contra el derecho natural primevo, como en los mismos terminos, de hurto lo afirma el mismo *Mol. vbi sup. disp. 4. vel quia in se est illicita, & mala, vt furari, & tunc præceptio, aut prohitio pertinet ad ius naturale. Tenet etiam Suar. lib. 2. de leg. cap. 15. num.* 10 Con las palabras de San Pablo: *2. ad Roman. Gentes quæ non habent legem naturalitèr, ea, quæ sunt legis fiunt.*

9. Pero á esto parece que obsta el capitulo 11. y 12. *del Exodo*, donde Dios permitió, ò dispensò el hurto en los Hebreos, quando despojaron á los Egypcios, como dize el Texto, *Et spoliaverunt Egyptios*; luego no es contra el derecho natural, por que si fuera, no dispensára su Divina Magestad en ello; pues como dixe en el *num.* 4. en los preceptos que provienen *a lege naturæ*, no quiere dispensar; *sed sic est*, que aqui dispensò: luego porque no se contraviene â el derecho natural: luego el hurto no es contra este derecho.

10. A esta dificultad se responde, con la doctrina de *Suar. vbi sup. num. 20. de Tapia vbi sup. lib. 4. quæst 27. art. 6. num. 6.* Que aqui no dispensò Dios en el hurto, porque no lo huvo, expresso, *tex. el cap. dixit Dominus 14. quæst. 5.* que fue compensacion, ó paga de lo que los Hebreos avian servido á los Egypcios, y esto consta del *cap. 10. de la sabiduria*, donde hablando de los mismos, dize el *Tex. & reddit iustis mercedem laborum suorum*, y antes fue ir con la misma ley natural, y conservar sus preceptos, porque no se quedassen los Egypcios con el trabajo de los Hebreos: *Et cum damno, & iactura aliorum locupletarentur, vt dixi num. 6. & tenet Barb. in cap. Denique 14. quæst. 5. num. 1.*

11. Además, que como es debido, de justicia, á los operarios, y famulos el estipendio de su trabajo, *vt cum Mol. Les. & alijs tenet Zamorano de compensatione disp. 5. cap. 12. Menoch. de*

ad-

arbitrari. Caſ. 515. *& caſ.* 223. Y aſsi lo aconſejò Thobias á ſu hijo, y conſta del *cap.* 3. *de Thobias: Quicumque aliquid tibi operatus fuerit, ſtatim ei mercedem reſtitue, & merces mercenarij tui, apud te omnino non remaneat*; no pagandoſelo, ò no pudiendo cobrarlo, dize el miſmo *Zamorano vbi ſup.* que pueden ellos miſmos *occultè* tomarlo, quando injuſtamente ſe les niega, *idem tenet Barb. in report. gener. litt. f. verbo furtum, verſ. furari: el ſeñor Covarr. lib.* 1. *var. cap.* 2. *num.* 14. *verſ.* 4. Pero debe entenderſe, que tienen eſta facultad, quando por juſticia no pueden cobrarlo, que pudiendo no es permitido: *Ex text. in leg.* 72. *ſtilly. leg.* 14. *tit.* 10. *part.* 7. *leg.* 5. *y* 6. *tit.* 14. *lib.* 4. *ordinam. & ibi Diego Perez leg.* 1. *tit.* 13. *lib.* 4. *recop. & leg.* 1. *tit.* 17. *lib.* 5. *recop.* Porque como dize la *ley de partida*, para eſto ſe conſtituyeron los Juezes, *vt partibus iuſtitiam faciant*; y ninguno ſe conſtituya Juez en cauſa propria, contra todo *el titul. C. ne quis in ſua cauſa & tenet Azebed. in dict. leg.* 1. *lib.* 5. *num.* 1. *Paz in dict. leg. ſtilly, Dominus Covarr. lib.* 3. *var. cap.* 16. *num.* 7. *Barboſ. vbi ſup. con el cap. iuſ. gentiumm* 1. *diſtinct. & ab argu. leg. ait Prætor §. Si debitorem ff. quæ in fraudem creditorum*; Siendo eſto aſsi; qué Juſticia podian eſperar los Hebreos, de los Egypcios, quando padecian tantas opreſsiones? Y quando pudieran, por ſi ſolos cobrarlo, ſegun lo dicho, no lo hizieron; ſino es que Dios, como ſumma Juſticia, y Supremo Juez, ſe lo diò en ſatisfaccion, y recompenſa de ſu trabajo: *vt aiunt Suarez, & Tapia vbi ſup. & expreſſé tenet* Textus *in dict. cap. dicit Dominus: non hic quiſquam ſumendum exemplum putare debet ad expoliandum iſto modo proximum ſuum hoc enim Deus iuſerat, qui noverat quidcumque pati oportère: nec Iſraelitæ furtum fecerunt, ſed Deo iubenti miniſterium præbuerunt Soto de iuſt. lib.* 2. *quæſt.* 3. *art.* 8. *& futius Barb. in dict. cap. dicit Dominus.* Con que ſe evidencia, que no huvo diſpenſacion en el hurto, antes ſe manifieſta que no le huvo: y conſiguientemente queda claro que es contra el derecho natural.

12. Para cerrar eſte diſcurſo, que el hurto es prohibido por derecho natural primevo, es eſpecialiſsimo texto el de la ley *Cum bona fides* 31. *ff. de poſ.* donde dize el conſulto, que el depoſito, ſegun derecho natural, y de las gentes, ſe debe reſtituir, á el que lo depoſitò: *Ibi ſi tantum ius naturale, & ius gentium in-*

tueamur, ei qui dedit restituenda sunt. Y assi reteniendolo alta ás el derecho natural, y contraviene á el de las gentes; luego obliga el derecho natural á la restitucion; luego nace la obligacion del derecho natural, por quanto obliga á la restitucion: luego con la detencion, ò ocultacion, se contraviene á el derecho natural, y si no se contraviniera á este derecho, y solo fuera por derecho de gentes, fuera ociosa la expresion del consulto de vno, y otro derecho: *Si tantum ius naturale, & ius gentium &c.* Expressa el consulto vno, y otro, como á quienes se opone la detencion, ò retencion de el deposito: luego es contra el derecho natural primevo. En el hurto está obligado á la restitucion: *Quia non remititur peccatum, nisi restituatur ablatum, vt tenet Dominus Covarr. in cap. peccatum de reg. iur. in 6. part. 2. §. 6. in principio.* Y reteniendo la cosa, ò cantidad hurtada, contraviene á vno, y otro derecho; porque por el natural, y de las gentes está obligado á la restitucion: luego es contra el derecho natural no solo secundario, sino es primevo, y consiguientemente por este mismo es prohibido el hurto.

13. De lo anteecdente dicho se infiere, que *etiam iure gentium* es prohibido el hurto; porque este derecho, *quatenùs nititur ratione naturali* lo prohibe; porque, como por este derecho se constituyò la diferencia, y separacion de bienes, teniendo por suyo lo que adquieriesse cadavno, *ex leg. 1. ff. de adquir. rer. dom. Donel. lib. 5. comm. cap. 1. Molin. vbi sup. disp. 4. Domin. Covarr. in cap. peccatum vbi sup. § per totum.* Por este mismo derecho, se previno no pudiesse quitar, ni tomar, ni intrometerse en lo que era de otro, *nec alios lædere*, cometiendo el hurto se falta á este mismo derecho contra la Justicia commutativa, y contra aquel derecho particular que cadavno tiene á lo que es suyo, *vt rectè tradit Tapia vbi sup. lib. 5. quæst, 9. art. 1. num. 3. Dñs. Covarr. vbi proxim. §. 7. num. 1.* Y esto lo dá á entender *el cap. 2. Thobias*: donde dixo á su muger, oyendo el valido del Cabritillo: *videte ne sit furtivus reddite eum Dominis suis; quia non licet nobis; aut edere ex furto aliquid, aut contingere*; y como es contra el vinculo introducido, para conservacion de las mismas gentes; el qual solamente puede conservarse *Fidem servando leg. 1. ff. de pactis leg. 1. ff. de constit. pecun.* Cometiendo el hurto *Fidem frangit*, y rompe, y desenlaza el vinculo en que se afirma, y

y estriva el derecho de las gentes; y assi es contra este derecho, el qual, assi como el primevo prohibiò tacitamente; *vt dixi supra* §. 6. Este expressamente lo prohive, *vt tenet Farin.de furt.quæst.* 165. *num.* 2. *Pichard. in* §. *ius. autem civile instit. de iur. natur. ibi suadebat ipsa naturalis ratio, ad eiusdem naturæ conservationem exigebatque publica necessitas, vt è medio tollerentur, qui alios læderent, &, publicam hominum societatem turbarent.*

14. Hallando el derecho civil prohibido el hurto, por vno, y otro derecho, prohibiendole tambien, *vt constat ex leg.* 1. *& toto tit. ff. & cod. de furtis*, diò forma, regla, y norma, estableciendo acciones, y penas, porque aunque todo provenia de el derecho natural, y de las gentes, estava informe, y assi el derecho civil, con leyes municipales segun la calidad de las Ciudades estableciò las penas, y acciones que despues diré, porque de este derecho nacieron, vnas, y otras: *vt vulgare est, & tenet Glos. in leg.* 1. §. *furtum ff. de furtis, hoc tamen gentes statuere possunt, vt fur, vel in pecunia, vel in corpore puniatur.*

15. Es prohibido el hurto, por derecho canonico: *cap. Presbyter*, 81. *dist. cap. tuæ de pænis, & ibi Dñs. Gonçalez, & Barbos. cap. pænale* 14. *quest.* 5. *cap. meretrices* 32. *quæst.* 4. *cap. fur.* 14. *quæst.* 6. *& ibi Barbos. Azeved. in leg.* 1. *tit.* 11. *lib.* 8. *recop. num.* 12. *Cantera quæst.crim. cap.* 8. *num.* 9. en tanto grado, que en el *cap.* 2. *de furt.* dize que muerto el ladron infurando *pro eo non est orandum vbi de hoc latè egit Barbos.* Y se manifiesta la prohibicion, assi para los principales, como para los encubridores, *cap.* 4. *de furt. ibi, qui cum fure partitur occidit animam non fur solum; sed ille reus tenetur, qui furti conscius quærenti possessore non indicat.*

16. Por derecho Real es prohibido el hurto, *por la ley* 6. *& tot o tit.* 5. *del fuero, por la ley* 51. *hasta la* 76. *del estilo vbi latè D. Christoval de Paz, por la rubrica, y todo el titulo* 14. *part.* 7. en la rubrica *hurtar lo ageno, es malfetria, que es defendida à los hombres por ley, ó por derecho, que no lo fagan* por la recop. *todo el tit* 11. *lib.* 8. *ibi Azebed. in leg.* 1. *per tot. Gutier. de delict. quæst.* 151. *&* 154. *Dñs.* Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 9. *num.* 7. *Matheu. controvers.*34. *&* 35. *vbi alios plures refert.*

17. De esta prohibicion, y odio contra este delito (pues aun los mismos animales lo aborrecen, como dize *Plinio lib.* 11.

 histor.

histor. nat. apes furem odisse) resultaron, ò nacieron tantas, y tan varias acciones, tantas, y tan diversas penas, como para su castigo se han promulgado, y diré en el §. siguiente.

§. II.

DE LAS PENAS DEL HVRTO.

N. 18. ES este vicio tan hermano de la avaricia, que parece constituyen vna misma identidad; porque siempre anda el ladron avaro de los bienes agenos, y sediento de lo que no es suyo. A el avaro, y á el ladron los comparò San Agustin *serm.* 196. *non solum* (inquit) *avarus est, qui rapit aliena, sed ille avarus est, qui cupidè servat sua*; pues ambos viven con vna ansia misma; pero haze de estas palabras vn argumento admirable para esta causa: *Si sic culpatur, qui cupidè conservat sua: quomodo iudicaturus est te; cum non solum servas tua; sed etiam quæris aliena?* Y si assi se castiga al que guarda codiciosamente lo que es suyo; como se castigará al que quita lo ageno? Dixo estas mismas palabras en el *sermon* 24. *si sic moriuntur, superbi rerum suarum conservatores, quomodo moriuntur, qui rapiunt aliena?* Suponiendo la pena eterna, en quanto á lo Divino, en quanto á lo humano han sido infinitas, y varias, de las quales referiré algunas.

19. La primera pena de el ladron, y sobre que caen las demás, es la infamia, porque por el hurto se constituye infame, y *probatur ex cap. infames, cap. omnes infames 6. quæst. 1. tex. in leg. 1. ff. de his, qui notant, inf. leg. 4. §. item si qui furti, leg. 6. ff. eodem, leg. si furti 8. cod. eodem, leg. infamem 7. ff. de publicijs iudicijs, tex. i leg. n 5. tit. 6. part. 7. & ibi Greg. Lop. Julio Claro lib. 5. sententiarum §. 1. num. 5. Sanchez consejos morales lib. 6. cap. 3. dub. 6. num. 17. y 19. Farin. quæst. 66. prax. crim. ex num. 7. Cantera quæst. crim. cap. 8. num. 9. Barbos. in cap. infames 6. quæst. 1. & de potestate Episcopi alleg. 43. num. 5. & de iure Ecclesiastico lib. 1. cap. 33. num. 108.* Y assi el derecho los repéle de todos aquellos actos en que se requiere buena fama, *vt ait Farin. vbi sup. quæst. 67. y 68. per tot.* Porque ellos mismos (*como dize Mendo-*

za

za en el libro 1. de los Reyes cap. 1. in num. 6. num. 38.) con ſus delitos erigen el infame ſuplicio de la horca, donde no ſolo mueran, ſino es tambien padezcan perpetua infamia, *ibi quia ipſi ſibi ſunt infame lignum equo ſuſpenſi, non modo crucientur; ſed etiam perpetuam ignominiam patiantur.*

20. Por el capitulo 22. del Exodo, no ſe comprehendia en la pena de homicida el que mataba â el ladron, *dummodo fuiſſet in ipſo furto. Si efringens fur domum, ſive ſufodiens fuerit inventus, & accepto vulnere mortuus fuerit, percuſſor non erit reus ſanguinis.* Y eſto miſmo lo hallamos en el derecho aprehendiendo á el ladron en el hurto de noche, *vt ait Aullo Gelio lib. 11. noct. Athic. cap. 18. ex leg. duodec. tab. furem, qui manifeſto furto aprehenſus eſſet, tum demum occidi permiſſerunt, ſi aut quum faceret furtum, nox eſſet, aut interdiu telo ſe quum prehenderetur defenderet leg. 54. §. 3. ff. de furtis leg. furem 9. ad leg. corn. de Sic.* y mas clara (comprehenſivas ſus palabras, de vna, y otra authoridad, *la ley 4. ff. ad leg. aquili lex duod. tab. furem nocte deprenſum occidere permititur &c. cum leg. 5. eodem, tenent Gutierez de delict. quæſt. 154. ex num. 23. Menoch. de adbitr. caſ. 195. Pedro Greg. lib. 37. Sintagm. cap. 2. num 6.*

21 En los Atenienſes, *ex leg. Draconis*, tenian los ladrones la pena ordinaria de muerte: *Sancitum legibus illum afficì morte debére, quia aut furabatur, aut latrocinabatur, aut rapiebat, aut in ædes alienas irruebat, aut Sacrilegium committebat, vt refert Paz in leg. ſtilly leg. 75. in fin.* Palabras, que parece ſe adaptaron, ò eſcrivieron para eſta cauſa; pues todos los delitos los comprehende, aunq deſpues Solon, temperò eſtas leyes, caſtigandolos en el duplo, *vt ait Aullo Gel. vbi ſup. in princ. tenet Azebed. in leg. 1. tit 11. lib. 8. recop. num. 3.*

22. Pero deſpues por la ley de las doze tablas, tenian la pena ordinaria de muerte, *vt teſtatur* Theophilus *4. inſtit. de perp. & temp. accion.* Y en los demás hurtos manifieſtos, como fueſſe dedia, la pena de azotes, ſi eran hombres libres, y ſe hazian eſclavos de los robados, ſi eſclavos deſpues de la pena de azotes, é ſaxo præcipitabantur, *vt tenet idem Aullo Gelio. vbi ſup. ex cæteris autem furibus liberos verberari addicique iuſſerunt ei, cui factum furtum eſſet, ſi modo id luce feciſſent, neque ſe tello defendiſſent: ſervos item furti manifeſti prenſos verberibus affici,*

è saxo præcipitari. De esta pena, por la ley de las doze tablas impuesta haze mencion *Plinio lib.* 18 *histor. natur. cap.* 3. *num.* 40. donde hablando tambien de los que talaban los campos, y hurtaban las miesses, imponiendoles la pena capital, se dedicaban à Ceres, como Diosa de los campos: *frugem quidem aratro quæsitam furtim nocte pavisse, aut secuisse puberi* 12. *tabullis capitale erat suspensumque Cereri necari iubebant, gravius quam in homicidio convictum.* Que es la mayor exageracion que pudo darle para la gravedad de este delito.

23. Zaleuco á los Locrenses, Provincia en Grecia, *legem statuit* para que á los Ladrones les sacassen los ojos, *vt refert Valer. Maxim. lib.* 6. *cap.* 5. Actysanes Rey de Egypto, y Etiopia les mandaba cortar las narizes, y despues los desterraba á vna Isla remota, y cerrada en Egypto, donde se erigiò vna Ciudad llamada Rhenoceros, tomando la denominacion de esta pena: *Diodoro Siculo lib.* 2. *Bibliot. cap.* 1. En Francia vsaban de la misma pena, despues de azotados, y demás les cortaban las orejas, para que los infamados en este delito fuessen señalados, y conocidos en qualquier lugar: *Pedro Greg. lib.* 2. *Sintag. cap.* 2. *num.* 11. refieren los Historiadores, que Cren legislador en los Bulgaros, Provincia en la Europa, entre el Danuvio, y el Mar Euxino les impuso el aquæ, & ignis interdiction; pero mas acerbamente que la imponian los Romanos; porque era despues de averles quebrado las piernas: *nemini liceat furi cibum impartiri, qui veró id ausus fuerit publicus esto: furi crúa frangantur*, Para que durando mas el sentimiento de la pena, fuesse mayor el escarmiento. Refiere el señor *Covarr. lib.* 2. *var. cap.* 9. *num.* 7. Que la pena que en nuestro Reyno tenian los ladrones, por la *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 4. de el fuero, que era capitál, la estableció el señor Emperador Carlos V. en Alemania: *idem asserit Pedro Greg. vbi sup. num.* 22. *Polidoro. Virg. en la Historia de Inglaterra lib.* 26. *pag.* 609. que Henrico VII. puso ley que á los ladrones por el primer hurto se les pusiesse vn sello, con la letra T. en la palma de la mano, la qual letra indicaba la palabra *Teif.* que en su lengua, quiere dezir ladron, y aprehendidos segunda vez se castigaban con la pena ordinaria. En los Batrianos, Provincia de la Scitia, vltra de la Assiria á los ladrones los ponian en publico, y alli los mofaban, escupian, infamaban, *vt ait Pedro Crin.*

lib.

lib. 3. de honest. discip. cap. 3. En los Atrios, Provincia de Tracia, aunque el hurto fuesse de cosa muy minima, los apedreaban, y mataban, *vt ipse ait, &* Cælio *Rodrig. lib. 10. antiq. lect. cap. 6. & refert Azeved. in leg. 1. tit. 11. lib. 8. recop. num. 8. y 9. El señor Gonz. in cap. 6. de immun. Eccles. num.* 10. refiere, que el Emperador Theodosio, en los dias mas festivos, mandaba castigar los ladrones, dando la razon: *Cum in hoc facilimè summi numinis speretur venia, per quod multorum salus, & incolumitas speratur. Senec. in Herc. furente*, dize, que ningun sacrificio es mas acepto á Dios, que el castigo de estos reos: *Nulla victima pinguior Deo mactari potest, quam reus iniquus, cap. si quos, 23. quæst. 4.* Con todo lo q̃ juntò Bobadilla *lib. 2. cap. 2. num. 55. & cap. 13. num. 38.*

24. Por el derecho comun, y Real, es comunissima opinion de todos los Textos, y Authores, que por el hurto simple no se impone la pena ordinaria de muerte; porque por derecho antiguo tenia la pena de el quadruplo, en el hurto manifiesto, y en el no manifiesto, la pena del duplo: *leg. in furti, 50. ff. de furtis leg. 1. §. quod quidem, ff. de publican. & vect. §. 4. & 5. instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* comprobada con la ley de el Reyno 18. *tit. 14. part. 7. & ibi Lop.* la ley 71. *del estylo, & ibi Don Christoval de Paz*, Cantera, *quæst. crim. cap. 8. num. 9. Ant. Gom. 3. var. cap. 5. num. 4. & ibi Ayllon. Azebed. leg. 1. tit. 11. lib. 8. recop. num. 88. Menoch. casu 295. & sequenti, Scacia de commer. §. 1. quæst. 7. part. 2. amplia. 8. num. 117. & amplia 19. num. 82. Salazar de vsu, & consuet. cap. 5. ex num. 18. Pedro Greg. lib. 37. Sintagm. cap. 2. num. 2. Pichar. in §. 4. instit. vbi sup.* coronandolo el *cap.* 22. del Exodo, donde tenian la pena de el duplo, hurtando dinero, hurtando ganados el quadruplo. Salomon aumentò esta pena en el septuplo, *prover.* 19. y el quadruplo consta en el Evangelio de San Lucas, *cap. 19. & latè Paz in leg. stilly leg. 71.* donde juntò todas las leyes canonicas, civiles, y Regias, sobre este punto.

25. Por la ley 18. *lib. 4. tit.* 4. del fuero tenian la pena del quadruplo; pero despues la ley 6. *tit. 5. lib.* 4. del fuero aumentò esta pena, por el primer hurto, siendo de 40. maravedis, restituyendo la cosa hurtada las novenas. De estas nueve partes las dos, aplicadas á el dueño de la cosa hurtada, y las siete á el fisco, y no tieniendo para pagar las novenas, les mandaba poner

perdimiento de los bienes, que tubiessen, y cortarles las orejas, *e si alguno furtare alguna cosa, que vala quarenta maravedis, peche las novenas, las dos partes á el dueño del furto, y las siete á el Rey, y si non huviere de que lo pechar, pierda lo que huviere, y cortenle las orejas.* Subiendo el hurto de quarenta maravedis, tenia la pena que se dixo arriba, y además le cortaban la mano, como consta de la misma ley, *y si non huviere de que lo pechar, cortenle las orejas, y el puño.* Considerando este el instrumento principal del hurto, *ab arg. leg. si fugitivi 3. cod. de serv. fugiti. tenent Montalvo in leg. 6. tit 5. lib. 4. fori vers. el puño.*

26. Por las leyes del estylo, en vnas se aumentaron las penas, y en otras se minoraron; la ley 74. les impone la pena de muerte con la ley 75. pero la 72. les pone la pena del duplo, y mas cien maravedis, para la Camara, y assi las otras dos leyes se deben entender del hurto qualificado, como es con rompimiento, y efractura, ò escalando las casas, ó paredes, ò falseando las llaves, como consta de las mismas leyes, *& late tenet Paz eisdem leg.* aunque tambien la ley 72. habla, en caso que los acreedores aprehendieron, ò robaron â los deudores ratione debiti, que tambien entonces está comprehendido en esta ley, y consta de la ley 5. y 6. *tit.* 14. *lib.* 4. *ordinam. & ibi Diego Perez*, y la ley 5. y 6. *tit.* 13. *lib.* 4. *recop. & in leg.* 1. *tit.* 17. *lib.* 5. *recop. & ibi Azeved.* porque aunque es verdad, que estas leyes hablan en este sentido, ponen las penas de los rovadores, en quanto á las penas pecuniarias, como consta de la ley 15. *tit.* 10. *part.* 7.

27. Pero creciendo la audaz malicia de los hombres, y aumentandose el odio contra los ladrones, assi por derecho comun, como Regio, la pena pecuniaria se convirtiò en corporal arbitraria, no pudiendo estenderse en el hurto simple á la pena de muerte: *text. in leg.* 1. *ff. de efractorib. & expilat. leg. interdum* § 1. *leg. fin. ff. de furtis*, y la capitál, la *authent. sed novo iure cod. de serv. fugit. sed pro simplici furto, nec morietur, nec aliquod membrum abscindetur, sed alitèr castigabitur.* Concordante la ley 18. *tit.* 14. *part.* 7. *Mas por razon de furto non deben matar, ni cortar miembro ninguno. Et ibi Greg. Lop. litt. F. Azev. in leg.* 1. *tit.* 13. *lib.* 8. *recop. num.* 55. *Ant. Gom* 3. *var. cap.* 5. *num.* 4. *& ibi Ayllon, Cantera quæst. crim. cap.* 8. *ex num.* 10. *Basilic. descit.* 13. *Peguer. desci.* 27. *Dñs. Covarr. lib.* 2. *var. cap.*

4. *num.* 7. *Farin. quæst.* 167. *per totam, Gutier. de delict. quæst.* 156. *num.* 34. *Matheu controvers.* 34. *ex num.* 4. *Vela de delict. cap.* 12. *part.* 1. *num.* 8. *Iulio Claro* §. *furtum num.* 24.

28. La misma ley de partida 18. les impuso la pena de azotes. *Otro si deben los juzgadores, quando les fuere demandado en juizio escarmentar los furtadores publicamente conferidas de azotes, ù de otra guisa, de manera que sufran pena, é verguença, & tenet Greg. Lopez Gut. vbi sup. & latissimè Azev. in leg.* 7. *tit.* 11. *lib.* 8. *recop. num.* 113.

29. Esta pena de azotes la temperò la ley de la recopilacion, en el primer hurto sin qualidad, en verguença publica, y quatro años de Galeras, siendo el ladron mayor de veinte años, y por la segunda vez, cien azotes, y Galeras perpetuas; como consta *de la ley* 7. *tit.* 11. *lib.* 8. *Azev. y Gutierr. vbi sup. Vela de delict. part.* 1. *cap.* 13. *num.* 7. Despues la ley 9. del mismo titulo, considerando la gravedad deste delito, y que la equidad en los menores podía ser incentivo á cometerlo, aumentò la pena á las Galeras, de tal suerte, que los quatro años sean seis, en el primer hurto, y en el segundo azotes, y Galeras perpetuas; aunque el comprehendido en el hurto no tenga los veinte años que se requerian por la ley 7. como sean mayores de diez, y siete: *vt tenent omnes supra citati.*

30. A esto se opone la *ley* 1. *tit.* 23. *lib.* 8. *recop.* donde por el hurto, etiam sin qualidad, les impone la pena ordinaria de muerte; porque esta ley habla en terminos de hurto hecho en la Corte, y aun en estos terminos dize Don Lorenço Matheu *controvers.* 34 *num.* 6. que no está en vso, ni está recebida en practica, ni se executa: *Gut. vbi sup. Azev.* en la dicha ley 1. *num.* 55. dize que esta ley no se executa, ni practica, y mas con la ley 4. *tit.* 24 *lib.* 8. *la ley* 8. *tit.* 11. *eodem lib. recop.*, donde se manda la commutacion de la pena ordinaria en la de las Galeras, y como dize Diego Perez en la *ley* 1. *tit.* 13. *lib.* 8. *ordin.* esta es ley rigidissima, porq la ley del *ordinam.* es concordante de la de la recopilacion, y habla en los mismos terminos, *y Greg. Lopez en la* 3. *tit.* 16. *part.* 2. *Glos.* 19. que no debe practicarse, quia nimis dura, y siendo tan piadosas las leyes de nuestro Reyno corre la doctrina de estos Authores, *vt tenet Gut. vbi sup. num.* 42. Y esto mismo se vé confirmado, y declarado por las mismas

leyes del Reyno; pues aun en los hurtos hechos en la Corte, en que habla la ley 1. *la ley 7. y 9. del tit.* 11. les imponen pena de azotes, y Galeras: *y si fuere el hurto hecho en nuestra Corte, por la primera vez, le seran dados cien azotes, &c.* Con que por el hurto simple no se les impone la pena ordinaria, corroborando esto las palabras del señor *Covarr. lib. 2. var. iniquam fore legem, quæ pro simplici furto pænam mortis indixerit, nec posse eam in Republica statui; verius tamen est eam pænam equissimè statui posse, vbi furtum qualitate, vel quantitate sit enorme.*

31. De esta misma doctrina del señor *Covarr.* que es recebida en todos los Authores, se infiere, que siempre que en el hurto huviere circunstancia agravante, ò en la qualidad, ò en la quantidad, se impone la pena ordinaria de muerte, y si fuere famoso, y publico ladron, que en este caso los comprehenden, y expressan las leyes para la pena capitál. La misma *authen. sed novo iure: qui autèm violenter aggreaiuntur, aut cum armis, aut sine armis, aut in domibus, aut in itineribus, aut in mari, pænis legalibus subijciantur, leg. capitalium §. grassatores et §. famosos, ff. de pænis §. ite, lex Iulia pecul. inst. de publicis iudicijs §. si quinque solidos 9. de pace tenenda, & eius violat. in vsibus feudor. & §. furtum de pace iuramento confirmanda, eodem leg. penult. de condit. caus. dat. y la capital* (que juntas las circunstancias agravantes) *aut facta §. 1. ff. de pænis, leg. respiciendum §. 1. eodem leg. 74. & 75. stilly, leg. 18. tit. 14 part. 7. Fueras ende, si fuesse ladron conocido que tuviesse caminos: & ibi Greg. Lop. leg. 7. tit. 11. lib. 8. recop. & ibi Azev. num. 84. tenet Pedro Greg. lib. 37. sintagm. cap. 2. num. 3 & 4 Gutier. quæst. 156. num. 44. Menoch. de adbitrar. casu 295. num. 14. Dñs. Covar. lib. 2. var. cap. 9. num. 7. Farin. de furt. quæst. 167. num. 48. Cantera quæst. crim. cap. 8. ex num. 10. Peguer. decis. 27. per tot. Vela de delict. part. 1. cap. 12. num. 22. Math. controv. 34. ex num. 18. Salazar de vsu, & consuetud. cap. 5. ex num. 18. Anton. Gom. 3. var. cap 5. num. 10. Ayllon. ibi num. 11. cum Boerio Gratiano, & elijs.*

32. Con que hallandose Don Gaspár de Yelbes, y sus compañeros, con la qualidad de publicos, y famosos ladrones, con las circunstancias agravantes, assi en la qualidad, como en la cantidad de los hurtos, les compete legitima, y por derecho in-

dis-

dispensable; se les debe imponer la pena ordinaria de muerte, con las qualidades de la ley, que sean publicos ladrones, y las circunstancias agravantes en los mismos hurtos; que iré representando à V.S. se irán manifestando, pues debaxo de esta misma especie se comprehenden todas, como dixo *la ley quoniam 6. cod. ad leg. Iuliam de vi. quoniam multa facinora sub vno violentiæ nomine continentur.* Hallandolos todos probados in suo genere, con las pruebas regulares de derecho.

§. III.

QVE SEA PVBLICO LADRON
los hurtos, y probança de ellos.

33. FVE, y es controvertido entre los Authores, qual sea publico ladron, ò quando pueda, y deba considerarse constituido en la publicidad; porque no ponen regla fija: *el señor Covarr. vbi sup. num. 7.* dize, que es publico ladron, el que tiene costumbre de hurtar: esta costumbre, dize *Salazar,* que se constituye por tres hurtos: *cap. 5. ex num. 19. & tenet Farin. quæst. 166. num. 9.* pero él mismo *en el num. 6. cum sequen.* que la fama contra el ladron, le constituye publico; agregandose algun hurto, *vt ait ex num. 19.* los tres hurtos los requiere *Azeved. con los que cita en la ley 7. tit. 11. lib. 8. recop. num. 105.* porque para imponer la pena ordinaria, segun la doctrina de *Ant. Gom. 3. var. cap. 5. num. 7. Julio Claro, y Bayardo,* y los que juntó *Azev.* con los tres hurtos, es bastante; etiam sin la qualidad de publicos, que para constituirle en ladron publico, y famoso, basta vn hurto cometido en el campo, *vt tenet idem Gom. vbi sup. num. 10. & ibi Ayllon cum Boerio Gratiano, & alijs.*

34. *Narbona en la ley 20. lib. 4. tit. 1. Glos. 14.* dize: que para constituirlos en publicos ladrones, requiere que sœpiùs in itineribus roben, *Tiberio Dician. lib. 9. cap. 29.* pone quatro circunstancias, la primera, que sea acostumbrado, la segunda, que robe con armas, la tercera, que sea en caminos publicos, y la quarta, la mala fama: *num. 9. El señor Gonzalez in cap. 6. de*

immun. Ecclesiar.num. 7. dize que si se justificare reiteracion del delito, concurriendo fama justa; se constituye publico ladron, y en este lugar, y numero juntò todos los Authores de vnas, y otras opiniones; pero la doctrina del *señor Covar.vbi sup. conforma con la de Ant Gom. vbi sup.* que son las legales, y adequadas á la ley del Reyno 18. *tit.14. part.7.*

35. Pero como quiera que sean las opiniones, ò requieranse tres, ò requierase vno, ò mas, y la mala fama, la agression en los caminos, la portacion de armas, y la costumbre todo se halla en esta causa; con que con qualquiera opinion se puede ir conformes, pues tenemos todas las circunstancias que requieren los Authores, sobrando mucho para nuestro intento, como de los mismos hurtos se conocerá en los quales manifestando las circunstancias, y poniendolas en su grado, y orden, se manifestará la culpa de cada vno de los reos, para la pena que le corresponde.

Hurto primero

36. EL dia 3. de Septiembre de 1693. Don Gaspár de Yelbes, y Don Antonio Hurtado de Mendoza (reo que fue, processado por la Sala, y condenado á Presidio) en el camino Real del Puerto á las Cabezas, robaron, y saltearon á Benito Garcia Dominguez, y á otros Harrieros, quitandole á este seiscientos y sesenta reales, y á los demás lo que llevaban, deponen Don Antonio Hurtado, el mismo Benito Garcia, y Alonso Dominguez, y los demás compañeros, con que este hurto está plenamente probado.

37. Plena probatio dicitur vn legitimo conocimiento, vna perfecta inteligencia del hecho, y de el delitio, por los modos aprobados por derecho: *Ant Gom. 3. var. cap. 12. num. 3 Far. quæst. 36. ex num. 4. Sanchez lib. 6. consil. moral.cap. 3.dub. 13. & alijs ab Ayllon congestis in dicto loco.* Esta probança es, por tres modos, ò por la confession del reo, reyna de las probanças, que dixo *Craveta consil.* 380. *Basili. decis. 1. num.* 11. porque esta excede á todo genero de prueba, pues no ay ninguna que la equipare: *ex leg. fin. cod. de non num, pecun. leg. cum te cod. de transact. leg. debitores ff. de iudic. cap.per tuas de prob.* con lo que

juntò

juntò *Ant. Gom. vbi sup. Pareja de instr. edit. tit. 9. resol. 2. ex num. 16. Paz de tenuta cap. 32. num. 1.* porque esta es mas que mil testigos, mas que instrumentos, como dize *el cap. per tuas. el señor Larrea alleg. 56. num. 4. Azev. in leg. 2. tit. 21. lib. 4. recop. num. 21.* ò por testigos, que bastan dos: *leg. 1. & 2. ff. de testib. cap. veniens. de testib. cap. in omni negotio, cap. licet vniversis eodem, & tenent omnes sup. relati.* ò por indicios, y presunciones *ex leg. fin. codi. de probat. cum vulgatis Basilico, & Farin. vbi sup. Matheu controv. 35. per tot. Ant. Gom. vbi sup. ex num. 25.* con todo lo que alli juntò *Ayllon.*

38. Recurriendo â estos tres modos en este hurto primero, no tenemos la primera qualidad de la confession, porque esta el reo negativo; pero está plenamente probado por el segundo, y convencido el reo, por los mismos testigos, teniendo justificada la baza, y fundamento, que es el cuerpo de el delito; *la ley 1. §. item illud ad Silianum,* porque quando *ius fundatur super aliqua re certa, priùs constare debet de illa re certa, quam ius adquiratur leg. Divus. ff. de testam. milit. cap. ad disolvendum de disp. impub. Barbos. in collect. ad idem Ant. Gom. 3. var. cap. 9. num. 1. Salg. de protect. part. 2. cap. 4. num. 141. Dñs. Larrea decis. 29. num. 15.* Porque está justificado los 660. reales que el Harriero llevaba, y el dinero del otro, con que consta del cuerpo del delito, vt laté congerit *Matheu de re crim. controvers. 34. per tot.*

39. Compruebase el hurto con la declaracion de los robados, y de Don Antonio Hurtado, que componen mas numero de testigos, que los que requieren, pues bastan dos para qualquier delito, vt supra dixi, *& tenet Matheu controv. 2. num. 19.* concurriendo las demás circunstancias que lo justifican, como es la aclamacion, el rumor, la fama, la buena opinion de los tobados, la falta del dinero: *vt tenet Julio Claro §. furtum & ibi Bayardo num. 76. Mascard. de prob. concl. 830. & 832.* Los que salieron, que vieron ir heyendo dos hombres, que aprehendieron el vno, y este confiessa, y declara quien era el compañero, que era Don Gaspár de Yelbes.

40. Y aunq parece que pudieron dezir, que este hurto no está aprobado plenamente, respecto de ser vnos los robados, que se reputan por actores, que no pueden ser testigos, porque

 nin-

ninguno en causa propria potest esse accusator, & testis: *ex cap. forus 7. de V. S. cap. accusatores, 3. quæst. 5. cap. insupèr de test. tib. leg. omnib. cod. eodem. Farin. quæst. 60. num. 2. Grammat. consil. 43. num. 3. Barbos. in collectan. ad cap. insupèr, & ad cap. forus vbi sup. Dñs. Gonzalez in eijsdem capitib. Diego Perez ley 12. tit. 14. lib. 2. ordin. Mascard. de prob. conclus. 26. & conclus. 1357.* Porque además de que estos no son querellantes, ni se querellaron, sino es que depusieron, como testigos examinados por la Justicia, no padecen vicio ninguno, y pruebán concluyentemente, y quando lo fuessen, los delitos del hurto, y principalmente salteamiento, delitos atrozes, y de dificultosa probança, prueba la declaracion del actor, *vt laté tradit Farin. quæst. 60. num. 71. Mascard. concl. 26. num. 10.* Y aunque no expressamente, saltim tacita, lo dá á entender *Matheu controv. 34. num. 18. cum Cavallo. casu 282. Julio Claro*, y otros.

41. El segundo, porque es socio criminis, cuya deposicion no se admite en el derecho: *ex lex. repetti. 16. § 1. ff. de quæst. leg. quoniam 11. cod. de test. leg. vltima cod. de acusat. vt cum Farin. Peguer. Narb. Cavallo. Guazino, & alijs tenet Matheu controv. 2. num. 32. tenet etiam Aut. Gom. 3. var. cap. 12. num. 15. & ibi Ayllon.* Porque además de ser especial en el salteamiento, en el qual es legitimo, y habil el dicho del socio, *vt tenet Tiberio Decian. lib. 9. cap. 29. num. 11. Farin. quæst. 43. num. 64. Peguera descis. 5. num. 14.* y aunque sigue la opinion, que solo es indicio para tortura: *ex num. 22. en el num. 34.* lleva que prueba plenamente, esta misma doctrina sigue *Menoch. de advitr. casu 474. num. 20. Grammat. consil. 27. ex num. 13.* Y aunque quiere dar distincion entre los modos de ladrones, scilicèt inter furem, & latronem, porque fur est, qui clám bona aufert, ladron, qui palám, por los caminos, y contra los primeros dize que no prueba el dicho del socio, peroque prueba contra los segundos, con que comprueba esta misma doctrina, aunque esta distincion pudiera en otros terminos desvanecerse, por las palabras del Evangelio: *Qui non intrat per ostium fur, & latro est*; que aunque pone la distincion, los iguala, y lo mismo lleva el droprio en el consejo *59. num. 2. & 3. Mascard. de prob. conclus. 1317. num. 2. 3. & 4. & precipué 36.* Scasia

de

de Thom. Sanch. en sus consej. mor. lib. 6. cap. 3. dub. 22. num. 1. & 3. & 6. Porque como es este, vno de los delitos exceptuados, que ponen todos los Authores, en los quales prueba el dicho del socio, segun la *ley Divus, ff. de cust. reorum leg. fin. cod. de accusat. & ibi Glos. leg. provinciarum cod. de ferijs, & ibi Glos.* que declara la probança, porque este es legitimo testigo, como dize *Ant. Gom. 3. var. cap. 12. num. 18.* Y adminiculado este testigo, con la probança que resulta de los autos, es evidente la plena que tiene este delito.

42. Es principio conocido en el derecho, y communissimo en todos los Authores, que en los delitos atrozes, y de dificultosa probança, y en los exceptuados, es legitimo testigo el que alias era inhabil: ne veritas pereat, cui iura semper favent: *ut ex leg. fin. cod. de prob. Barbos. in leg. 2. ff. de soluto matrimonio num. 78. tenet Azev. in leg. 4 tit. 6. lib. 8. recop. in his, quæ sunt difficilis probationis, quælibet informatio iudicis habetur pro plena probatione Dñs. Larea allegat. 66. num. 3. 4. & 5. qui plures allegat.* Principalmente, quando aliter haberi non potest, que entonces bastan menos eficazes probanças para la del delito, y assi dize Don Lorenço Matheu *controvers. 2. num.* 33. que deben admitirse los testigos inhabiles: *ex cap. fin. de testib. cogend. tenet Gregor. Lop. in leg. 21. tit. 16. part. 3. Ant. Gom. ubi sup. num. 18. & ibi Ayllon.* Principalmente, concurriendo adminiculos, que corroboran, y comprueban el dicho del socio, ò del testigo inhabil: *Mascard. conclus. 47. num. 39. Peguer, ubi sup. num. 38. Cavall. cas. 185. num. 2. Guaz. defen. 32. cap. 8. num. 5. Scaci. ubi sup. cap. 81. num. 7. y 8.*

43. Principalmente (que esto servirá de regla general para los de más delitos) quando se purga la infamia en el tormento, & est de mente de todos los criminalistas que juntò *Farin. en la quæst. 43. num. 68. & sequenti, & post eum Matheu ubi sup.* aunque segun la opinion de *Ant. Gom. ubi sup. num. 18. in fin.* etiam sine tortura, prueba el dicho del socio, dummodo sea examinado, como testigo, y con juramento; aunque para mas cautela, y desvanezer escrupulos se practica el tormento, y debe hazerse, aunque si no se executare, segun la doctrina de Gomez, no es impedimento para la prueba; y mas quando el dicho del socio non tendit in sui exculpationem, porque culpandose igualmente à si, y

al socio, se conoce que dize la verdad: *vt cum Julio Claro Mas. card. Narbon. Fachin. Farin. Boer. & alijs tenet Dñs. Larrea alleg. 95. num. 16. Matheu controv. 2. num. 35.* Y lo que novissimamente juntò Amigant. en sus decissiones criminales: *decis. 34. ex num. 12.* el qual en la decis. 31. toca diversas questiones sobre este punto.

44. Porque aunque es evidente la nota que padece el socio; en los delitos exceptuados, y de dificultosa probança parum curandum de repulsis, que se oponen á los testigos: *vt ait Glos. in cap. fin. 14. quæst. 2. cum alijs plurib.* que junta *Morla in Emporio iuris tit. 11. ex num. 73. hasta el num. 79. Matheu de regimine Regni Valent: cap. 8. §. 8. num. 215. Dñs. Larrea alleg. 66. num. 26.* porque siempre que del dicho, ò declaracion del socio se enunciare la verdad, y el Juez se enterare de ella, assi por la deposicion, como por las demás circunstancias, haze plena probança. Y esto dize el *señor Larrea alleg. 96. num.* 11. que es de disposicion de derecho, y de necessidad, porque peligra mucho en los delitos ocultos, atrozes, y de dificultosa probança, la verdad, si el derecho no la socorre con sus disposiciones: *vt dixi supra* §. 42.

45. De donde se infiere, que este delito está plenamente probado, y quando no huviera mas circunstancia para ello, que el aver sido visto, y determinado en el supremo Tribunál de V. S. y castigados los reos. De la misma sentencia de V. S. se manifiesta, que lo tuvo por legitimamente justificado, pues en su advitrio discurriò por suficiente la probança, quando condenò á este reo, en duzientos azotes, y diez años de Galeras. *Tu migis scire debes quanta fides adhivenda sit testibus: ex leg. 3. ff. de testib.* con que no se puede discurrir lo contrario.

46. Y aunque parece que pudiera dezirse, que V. S. no le tuvo por bastantemente probado, quando no le impuso la pena legal de salteamiento: *ex leg. 18. tit. 14. part. 7.* porque á esto se responde, que teniendo V. S. tan presentes todas las leyes, no seria por el defecto de probança, sino es atendiendo á que avia sido vn salteamiento, sin qualidad agravante, en que entra la disposicion de la *ley* 4. *tit.* 24. *lib.* 8. *recopil. y la ley* 8. *tit.* 11. *eodem lib.* En la commutacion de Galeras, como consta de la misma ley, mandamos que assi en los robos, y hurtos, calificados, y sal-

ſalteamientos, &c. en que buenamente pueda aver commutacion las penas ordinarias ſean commutadas en mandarlos ſervir en las nueſtras Galeras. Con que no queda eſcrupulo para la probança de eſte hurto.

Segundo hurto.

47. EN el miſmo camino, el miſmo dia, los miſmos ſaltearon â Don Juan Infante, robandole dos peſos, y vnos candeleros de plata, de cuyo hurto deponen el miſmo, Don JuanInfante, y Don Antonio Hurtado, juſtificada la poſſeiſion de las prendas, conque viene á tener la miſma probança que el antecedente, y queda juſtificado, ſegun las doctrinas referidas; teniendo eſte la circunſtancia mas de averſe aprehendido los candeleros en vno de los reos; con que ſe evidenciò mas el cuerpo del delito, ſegun la doctrina de *Gutierer. en ſu trat. de delect. quæſt. 156. per totam.*

Tercero hurto.

48. EL dia quatro de Mayo de mil ſeiſcientos y noventa y cinco, el dicho Don Gaſpár de Yelbes, Franciſco Nuñez, Antonio, y Simon Nuñez, hermanos, robaron, y ſaltearon el Templo, y Caſſa de Maria Santiſſima Señora del Puerto, llevandoſe de la Igleſia ſeis Lamparas, vn Frontál de plata, dos arañas, y dos Candeleros, y de la Hermita, y Caſſa del Capellán quatrocientos ducados, vna tembladera, y dos vaſſos de plata, de eſte hurto deponen de viſta Antonio, y Simon Nuñez, vna criada de Don Gaſpár, que vió vn bulto, en los calçones, á modo de ſombrerillo de Lampara, vn mudo, criado del dicho (que ſu dicho es maravilloſo) y eſte ſe hallò vn eslabon de Lampara en la cavalleriza de la caſſa de el dicho: otra criada de Don Gaſpár, que viò ocho barras de plata, que la muger de dicho reo deſenterrò, y diò á ſu marido, y otros muchos teſtigos de diferentes circunſtancias, que deſpues en la probança ſe hará mencion de ellos.

* * *

§. IV.

* * * DE SACRILEGIO. * * *

49. ESte delito 3. y §. 4. es vn Templo profanado, ò dolor! que ni aun lo Sagrado se libra de lo atrevido, pues excediendo la margen, el atrevimiento se entra hasta lo mas immune, el oraculo del respecto, se mira objeto del desprecio, oy llega, señor, la ossadia á donde solo debe acercarse la reverencia, ya, señor, la malicia excediendose á si misma pone en execucion el mayor delito, ya el despecho puso la raya mas alta de su temeridad, y ya fixò la columna de su non plus vltra el atrevimiento; oy se vé vulnerada, y ofendida la mas alta Magestad de Cielo, y tierra; agraviada Maria Santissima Señora Nuestra. Ò dolor, buelvo á dezir! Y vosotros, ò ciegos Gentiles, que idolatrais troncos, enseñad á mirar con sobresalto á vn Cielo, pues vuestra ceguedad tributaba respectos á vn palo; pero como podré, señor, discurrir en este punto, sin que á las vozes se anticipe el llanto, y sin que las lagrimas vsurpen las razones; ò si como es el sentimiento fuera la explicacion, desempeñára mi desseo; pero en mi corto discurso puedo sentirlo; pero no explicarlo; puedo llorarlo, pero no dezirlo; porque antes que lleguen las vozes á los labios, han de llegar las lagrimas á los ojos; pero es cõsuelo mio, porque es la mas eficaz explicacion, discreta Raquél llora, pero no habla: *vlulatus multus plorat Raquel: Math. 2. v. 18.* Este llanto de Raquél, siendo vozes en el sonido, eran clamores en el acento, sirviò su dolor á la desgracia, pero no acertò su discurso á ponderarlo con vozes, pero explicòse mas con el llanto, proprio efecto de esta causa, que dixo Juan Boechio en estos elegantes versos.

Re-

Regius eversas vates agentibus aras
Flevit idumæas: sed quis penetralia Divum
Sacrilega vastata manu, Templique ruinas
Congeriemque sacram nostri non defleat ævi.

50. SI el dolor del zelo no suple los defectos de la insuficiencia, será delito, lo que pretendo sea servicio, y es infelicidad agraviar con el obsequio; pero qué temo, señor, oy no es dia de ostentar entendimiento; sino es de perder el discurso en tan atroz delito; abandóne la razon su oficio entregada toda á el sentimiento, transformese el alma en viva pena, porque la mayor inteligencia, no es lo que mejor discurre, sino es lo que mas siente: sobreme el dolor, y falteme la elegancia, que pulir con aliño estos delitos, mas será ennoblecerlos, que acreditarlos de atrozes.

51. O Soberano Tribunal, y lo que alcanças, ò por mejor dezir, lo que mereces, pues llega oy á tu Solio Maria Santissima querellante, y actora en esta causa, la madre de la misericordia pide justicia, agraviada, la vé V.S. el desagravio corre por su cuenta; pero antes que passe á lo juridico, permitame V.S. que le haga á Maria Santissima dos preguntas, vna de si propria, y otra de mi mismo. Dezidme, Soberana Reyna, como, siendo el mar inmenso de la clemencia, pedis justicia? parece que es desdoro de lo piadoso solicitar lo justiciero? vos que sois la Abogada en las defensas, sois querellante para los castigos? si, dize Maria Santissima, mi amor los acusa, porque es mi piedad la agraviada, son querellantes mis clemencias, porque son ofendidas mis misericordias, los instrumentos de mi benignidad, se mudan en las armas de la justicia; y quien despreciò el puerto de mi gracia, padezca naufragio en el golfo de los rigores, ò malicia! valerse de la venevolencia; para el delito, ò desdichados! pues hallais el veneno en la atriaca.

52. Querellaos, en buen hora; pero como la defensa de vuestra causa la poneis en lo debil de mi discurso? no podiais aver escogido instrumento, que con mas eficazes razones, con mas subtiles discursos, con mas juridicos fundamentos hiziessen manifiesta vuestra justicia? si, pero basta, pues á esto me responde con el cap. 8. de San Juan, atendiendo á mi desseo: *ar-*

guet mundum de peccato, & de iustitia, & de iuditio. Porque constituyen aqui Fiscál á el Espiritu Santo, que es el amor, y no, á el Hijo, que es la Sabiduria; mas proprio parece del segundo q del primero; fiscalizar, y arguir denota ingenio, indica ciencia, y entendimiento, luego fuera mas proporcionado al vno que á el otro. Entonces serán los delitos tan claros, y manifiestos, que sobrarán los discursos para cõvencerlos, basta que se propongan, para que se conozcan. Es tan claro este delito, que sobra el discurso, fiscalize el desseo, en lugar de la ciencia, pues el mismo delito es Fiscal mas eficaz de su atrocidad, que dixo el *cap. 9. de accusat. evidentia sceleris perpetrati non indiget clamore accussatoris.* Assi quedan satisfechas las preguntas.

53. Querellaos, y siga yo vuestra querella, pues veis despojado vuestro Templo. O Soberano Dios, y que delito! como suspendiò vuestra Omnipotencia su castigo? bolved, señor, los ojos de vuestra Justicia, mirad todas las criaturas hechuras de vuestro poder, respirando sentimientos, desencaxadas de sus eternos exes las Estrellas despiden funebres luzes las que brillaron antorchas, desanimado el Sol encuentra en el Oriente su ocaso, huerfana de luz la Luna, borra sus medrosas claridades; aquellas brillantes luzes, que eran fanales de su adorno, solo sirven melancolicas á su tumulo; gimen los lastimados corazones, y ya el dolor, con suspiros, haze que la ternura de los ojos sea compassion á los oìdos, ya á el ver, ya á el oir, que el mas seguro Puerto sea ruina de sacrilegos atrevimientos, descojan apassionados los elementos sus detenidas impaciencias en desordenadas si rectoricas vozes, gima el ayre en suspiros: ardiendo en enojo el fuego áhogue su lucimiento en humo: desahogue el mar sus quexas en bramidos roncos, y sentida la tierra responda en repetidos temblores á sus ecos. Fulminad rayos, que los reduzgan á faciles cenizas, como hizisteis con Nabad, y Abiud, hijos de Aaròn, por su sacrilegio *Levit.* 10. O que abriendose la tierra sepultase vivos á tan immanes reos, como hizisteis con Chore Datham, y Aviròn, con otros duzientos y cincuenta *Numer.* 16. O que resplandeciesse vuestra justicia, como en Acám, por aver hurtado el Palio, y vara del Templo, que fue apedreado por todo el Israelitico Pueblo, y abrassados en vivo fuego hijos, casa, y hazienda, grave pena, pero digna á tal delito; *Josué.* 6, & 7. O in-

infundirles el paralipsi de Alcimo, para q en la agonia de su tormento, como él muriessen: 1. *Machab. cap. 9. ver. 55.* O como con Heliodoro, que yendo â despojar el Templo, cayò en tierra, y sin poder tener alivio de criados, y amigos pagò su delito: 2. *Machab.* 3. O como con Acab, Rey de Samaria, que por el Sacrilegio conciliasteis vuestra ira, para que fuesse muerto de los Assirios: 3. *Reg.* 22. 2. *Paralip.* 18. O como con Ochozias, tambien Rey de Samaria, que precipitado, por su misma casa, diò el vltimo aliento su sacrilega alma: 4. *Reg.* 42. & 2. *Paralip.* 26. O como con Balthassár, vis nieto de Nabucodonosòr, contra quien fulminasteis la sentencia de muerte: *Dan.* 4. O como con Anthioco, por el despojo del Templo Hyerosolimitano, que oprimido de inmensos dolores, muriò desdichadamente. 1. *Machab.* 1. O como con Lisimacho, que fue muerto delante de el Erario lleno de bienes sacrilegos. 2. *Mach.* 4. & 8. O como con Heroboám, que por vsurpar las cosas sagradas, y lo que era de los Sacerdotes, le abrassaisteis la sacrilega mano. O como castigasteis el sacrilegio de Saúl, por las muertes, y agravios de los Sacerdotes, que en sus mismas armas perdiò la vida. O como castigasteis el sacrilegio de Sanacherib, que por él, en vna noche mandasteis matar ciento y ochenta mil de los Assirios. 4. *Reg.* 19. Y si por vn mirar indecente castigasteis á los Belsamitas, castigad, Señor, á tan atrevidos reos, que han profanado el Templo de la mas Divina Aurora.

54. Vos detuvisteis los passos, con la muerte, á Gunderico, Rey de los Vandalos, queriendo saquear el Templo de San Vicente. Los grandes trabajos con que castigasteis al Rey Don Alonso de Aragon, fue por el despojo de vuestros Templos. A la puerta de San Isidro de Leon, quitasteis la vida á la Reyna Doña Vrraca, vsurpadora de sus bienes. Con vna saéta atrevessasteis el brazo del Rey Don Alonso de Aragon, por aver tomado los bienes de la Iglesia. Al Rey Don Juan el primero con la pérdida de la batalla de Aljubarrota, por aver tomado el tessoro de Guadalupe. Las dos Naves, y gente de Don Fadrique, Rey, de Napoles, por ir cargadas de despojos de la Iglesia, aviendo vencido á Gaéta, las sumergisteis en las aguas. Al Rey Don Pedro, llamado el cruél, le castigasteis con la muerte violenta que le diò su hermano, y la causal que le diò el Astrologo fue: *por*

que tomas los algos de las Iglesias, y casas de Oracion, y no te vence conciencia. Al Rey Don Alonso el septimo de Aragon, marido de la infeliz Reyna Doña Vrraca, por aver tomado los bienes de los Templos, muerto en la batalla de los Sarrazenos, nunca pudo descubrirse su cuerpo. Lo mismo hizisteis con Federico Segundo, Emperador de Alemania, por el mismo delito, como todo lo refieren Mariana Surita, Garibai, en sus Historias.

55. No solo en los profanadores de vuestros Divinos Templos aveis executado estos castigos, sino es en aquellos que teniendo la ceguedad dedicados á sus vanas Deidades, solo por el sobrescrito de Templos, los profanaban; á Dionisio segundo, vno de los tyranos de Sicilia, castigasteis, por el despojo del Templo de Proserpina, de Esculapio, de Jupiter Olimpo, y otras falsas Deidades. *Valer. lib. 1. cap. 2.* Marco Crasso fue muerto de los Parthos, y juntamente vn hijo suyo, cuya cabeza llevada al Rey, le hizo echar oro derretido en la boca, diziendo: Aurum sitisti, aurum bibe. *Calepino verbo Crassus.* A Philomello, Onomarcho, y Phaillo, por aver despojado el Templo de Apolo, á el vno le consumiò vivo fuego, á otro lo anegò inmensa agua, y el otro muriò precipitado de vna eminencia. Pirrho, por el sacrilegio, padeciò gravissimas penas: *Libio lib. 9.* Pleminio, por el hurto del Templo de Minerva, fue en la carcel de Roma ajusticiado. Quinto Cepio, por el Templo Tolosano, muriò con execrable martirio, de donde quedò el proverbio: *Aurum Tolosanum habet.* La destrucion de Troya se originò, por averse valido Laomedòn de los tesoros del Templo de Apolo. Glauco, por el desprecio del Templo de Venus vn cavallo de su mismo carro le despedazò á bocados. Cambises, Rey de los Persas, por el de Bulcano, muriò infelizmente. Theròn, Rey de España, por el de Hercules, de Cadiz, fueron consumidos él, y sus Soldados, y sus Naves en vn repentino fuego. A Xerges, por el de Apolo, fue consumido todo su exercito, con lluvias, y rayos. Brenno, por otro de Apolo, desgajandose vna parte del monte Parnaso, fue muerto. Pues si tantos castigos aveis executado, como suspendeis aora vuestra ira? porqué, porque la misma Justicia Divina quiere el desagravio por mano de V. S. y para que executado sirva de escarmiento á otros, que es tal la malicia humana, que suele mas atemorizarla vn publico suplicio, que vn patente milagro

gro, como dixo el *cap. ut Clericorum 13. de vita, & honestate Clericorum, ut quos Divinus timor à malo non revocat, temporalis saltim pœna cohibeat à peccato.*

56. De esto puede inferirse quan grave sea el delito del sacrilegio: *ut ait Glos. cap. venerabilem, verb. sacrilegium, de electione.* Es el sacrilegio segun *Tiberio Deciano lib. 6. cap. 14. Rei sacræ violatio cum Glos. a el cap. sacrilegium 17. quæst. 4. Farin. quæst. 172. num. 1. Cantera cap. 8. num. 17. & ferè omnes.* Y dize el mismo, y es cierto, que en estas breves palabras està comprehendida toda la essencia, substancia, y naturaleza del sacrilegio, porque la palabra *violatio*, genericé sumpta comprehende toda injuria, corrupcion, ò profanacion, cum vi, vel sine vi: la palabra R*ei* es generalissima, y lo encierra en si todo, tanto las corporales, como las incorporales, tanto las personas, y hombres, como los lugares, y las cosas, á la ley R*ei appellatio, leg. Rei appellatione ff. de verb. signific.* Y como es tan generica, y comprehensiva para reducirla á el objeto de este delito, se le añade la palabra *Sacræ*, cuya violacion constituye el sacrilegio, el qual triplicitér committitur, aut in personam, aut in rem, aut in loca, *ex leg. aut facta* §. 1. *ff. de pœnis leg. 2. tit. 18. part. 1.* debaxo de cuya divission discurrirá mi cortedad ajustandose á esta causa.

57. Hallase cometido el sacrilegio in personã, pues halla V. S. ofendido, violentado, y despojado de sus bienes el Capellan, Cura de la Hermita de nuestra Señora del Puerto, delito que debe atenderse, respecto de la dignidad excelentissima de los Sacerdotes, por la qual merecieron ser llamados Dioses; como consta del *exodo* 22. ser tenidos por Angeles: *Mach. cap. 2.* y assi dize en el *cap. 2. Zach.* que el que llega á el Sacerdote, llega á las niñas de los ojos de Dios: *Qui tangit vos pupillam oculi mei tangit. Cap. accusatio 2. quæst. 7.* Y assi dixo Christo Señor nuestro: *Qui vos spernit, me spernit: cap. qui vos 8. quæst. 1.* De donde dize *Tiberio Deciano ubi sup.* si assi se respetaban los Sacerdotes antiguos, que solo ofrecian, y sacrificaban ganados: *ut constat exodo cap. 29. & levit. cap. 1.* quanta mas veneracion se les debe dar oy, que ofrecen el Cuerpo, y Sangre de Jesu-Christo Señor nuestro, porque dixo el *cap. duo sunt 96. distinct. nulla enim dignitas Sacerdotio comparari potest*; Considerando los

Templos del mismo Dios, como dixo *San Pablo* 1. *ad Chorint.* *cap.* 3. *nescitis, quia Templum Dei estis, & Spiritus Dei habitat in vobis, si quis autem Templum violaverit, disperdet illum Deus*; Y assi dizen los capitulos *nulli* 2. *quæst.* 1. *cap. revertimini* 16. *quæst.* 1. *cap. in novo* 22. *dist. qui enim Christi Sacerdotes persequuntur, & affligunt, Christum crucifigere dicuntur*, y el *cap. sicut qui Ecclesiam* 17. *quæst.* 4. dize: que assi como el que destruye la Iglesia, y hurta sus bienes, es sacrilego; assi se considera tambien el que aflige, y persigue los Sacerdotes.

58. De donde basta, para que se cometa el sacrilegio in personam, qualquiera violencia cometida contra el Sacerdote, llegando á tanto, que aun basta para cometerlo tomar, ò quitar violentamente de las manos del Sacerdote qualquier cosa, aunque sea propria, *vt ait cum alijs* Tib. *Decian. vbi sup. cap.* 19. *num.* 10. De esto se infiere quanto mas formalmente cometerá el sacrilegio, y incurrirá en él, el que violentamente quita, y roba las cosas, y bienes proprios del Clerigo; que en estos terminos es claro el sacrilegio in personam: *vt ait ipse num.* 23. Principalmente quando se toman con animo de hurtarlas: *ex leg. veróff. de furtis.* Con que aviendo á el Cura de aquella Hermita violentadolo, oprimidolo, amenazadolo, y robado, queda claro el sacrilegio in personam, á el qual se debe aplicar el del Beneficiado de la Fuente, por las razones referidas, y con la circunstancia agravante del incendio, como en su lugar diré.

59. El segundo es, quando se comete in locum, porque es contra la inmunidad, privilegios, y reverencia debida á los Templos, los quales se consideran, y son casas de Dios, y assi lo dixo él mismo: *Domus mea Domus orationis est, &c.* Y por esto deben venerarse rendidamente, siendo el vnico objeto del respecto, como dize *Suarez lib.* 3. *de* Relig. *cap.* 1. *Tiber. Dec. vbi sup. cap.* 24. *num.* 2. como sitio dedicado, y Santificado para alabarle: *vt constat* 3. Reg. *cap.* 9. *exaudivi orationem tuam quam depræcatus es coràm me; sanctificavi domum hanc, quam ædificavisti, vt ponerem nomen meum ibi insempiternum, & erunt ibi occuli mei, & cor meum cunctis diebus.* En cuyo concepto tomò el latigo de su Justicia, y echò del Templo á los comerciantes: *Math.* 21. Considerando indigno trato en el Templo, el afán del logro, y si esto irritò tanto la Omnipotencia Divina, quanto

mas

mas le irritará en su misma casa, y de sus propriosbienes.

60. Por el *cap. 3. lib. 2.* de los Machabeos consta, que los Templos era donde se depositaban los bienes, y haziendas particulares, y era delito el extraerlos; lo mismo consta de la *ley 2. §. his tamen ff. de orig. iur.* que todos los derechos, leyes, y bienes se depositaban en los Templos, como refugio seguro, de donde nadie se atreveria á sacarlos, ni tomarlos, y siendo esto vnas cosas profanas, no llegaba la ossadia; ni aun con la imaginacion á ellos; y oy tan frequentemente vemos lo contrario, que no las cosas, profanas; pero aun las sagradas no están seguras; en la misma inmunidad; y como en el hurto de ellas se vulnéra el privilegio concedido á los Templos de ser inviolable custodia todo lo que en ellos se contiene: *vt ait Suarez vbi sup. lib. 3. cap. 5. num. 8.* Se comete el sacrilegio in locum, y dize el mismo, que aunque ay otros delitos que violan la inmunidad de la Iglesia, ninguno tanto como el hurto, porque este directamente se opone á la inmunidad: *& quod ad hoc est maior ratio in furto, quam alijs peccatis, quæ in Ecclesia fiunt, & non ita sunt contra ius, & immunitatem, & quasi contra munus, & officium loci, sicut est furtum*, porque esta es la mayor ofensa que se le haze al Templo, y cometida esta ofensa, se comete el sacrilegio que dixo *lib. Dec. vbi sup. cap. 14. Sacrilegus ergó est quicumque iniuriam quamlibet loco sacro intulerit.* Con la *ley, si quis in hoc genus 10. codice de Episcop. & Cleric. cap. sacrilegium 17. quæst. 4.* Con que hallandose vulnerado el Templo, despojado de sus bienes, y alajas, queda cometido el sacrilegio in locum, delito enorme, y que llega á lo mas intimo del sentimiento Divino en la ofensa del Templo de su Madre, y assi excita su justicia contra los agressores, y fulmina su sentencia el *cap. 5. de Ezequiel: vivo ego dixit Dominus, nisi pro eo, quod sanctum meum violasti in omnibus ofensionibus tuis, & in cunctis abominationibus tuis, ego quoque confringam, & non parcet oculus meus, & non miserebor.*

61. El tercer modo como se comete el sacrilegio, es in *res iura, & bona Ecclesiæ*, porque quitando, tomando, profanando estos bienes se comete el sacrilegio, y assi como es mayor la ofensa que se haze á Dios, que la que se haze á los hombres: *cap. sicut qui Ecclesiam 17. quæst. 4.* Assi es mas el sacrilegio que el hurto, porque el vno es de las cosas dedicadas, y consagradas

á Dios,y el otro es de bienes, cosas profanas, y particulares, con que constando de los autos tán plenamente el hurto de las Lamparas, frontál, y Candeleros, y otras cosas queda el sacrilegio *in res* y cometido en todas tres especies.

62. Y aunque no ignoro la distincion del derecho, y opinion de algunos Authores, que es la comun, en quanto á la formalidad del sacrilegio, que para que sea formal el sacrilegio ha de ser, quando *aufertur sacrum de sacro, que quando sacrum de non sacro, vel non sacrum de sacro*, entonces no se comete formalmente, y esto vá mirando para la pena ordinaria, de cuya opinion fueron *Tib. Dec. Peguer. Iulio Clar. Far. Boer Cant.* y otros que junta *Matheu. controv. 36. ex num. 42.* porque quando *sacrum de sacro subrripitur*; es el mas enorme sacrilegio, porque además del hurto llega á tocar aquellos vasos, ò cosas sagradas, que son prohibidas tocar á los seglares: *cap. sancta de consecrat. dist. 1.* Y assi es mayor el delito, pero no por esto dexa de cometer sacrilegio, quitando las demás prendas de la Iglesia: *vt ait Tiberio Dec. vbi sup. cap. 30. num. 18.* porque aunque no sea mas que por respecto de las mismas cosas dedicadas á Dios que ampliús ad vsus profanos, nò pueden convertirse: *vt ait cap. semél de regu. iur. in 6. & etiam cap. iuxta 10. quæst. 1.* Es qualidad agravante del hurto, maximé siendo de entidad: *Dñs. Covar. lib. 8. cap. 9. num. 7.* que en estos terminos viene por todos medios la pena ordinaria, ya por razon del sacrilegio, ya por razon de las circunstancias.

63. Es hurtada la plata, y joyas de nuestra Señora, circunstancia agravante, porque crece segun la persona el delito, gravissimo fuera el delito en la injuria hecha á Christo Señor nuestro, porque es superior á todos, y este es el súmo del sacrilegio, què dixo *Suarez de relig. lib. 3. cap. 6.* y aunque es verdad que es Maria Santissima inferior, en el orden de la gracia, como Madre quasi goza de los mismos privilegios, y fueros que su Hijo, y esto se evidencia en los terminos juridicos: *ex legib. 31. ff. de leg. ex leg. 6. de iure fisci leg. 2. tit. 28. part. 7. & ibi Greg Lop. leg. 4. tit. 4. lib. 8. recop. & ibi Azev. in rubric. tit. 4. num. 26. & 27.* y es mas este sacrilegio en Maria Santissima, que en otro Santo, por dos razones; la primera, por razon de la gracia santificante, que ay en Maria Santissima, intrinseca, por cuya razon es mas excelente

lente, y excede á todos los Santos; la otra, por la maternidad de Dios, que es mas alta dignidad propria sola de Maria Santissima, y assi es mas enorme el delito: *ex cap. nova 10. de pænitent. & remissioni.* Y por esta razon siente Dios mas este sacrilegio, que otro qualquiera, como cometido contra su Madre, y en su mismo Templo, y casa, y assi siente mas esta injuria, que si fuera á su persona.

64. Reparò San Juan Chrisostomo *Homil. 22. sup. 2. Joann.* porqué Christo Señor nuestro excita su castigo con palabras, y azotes, contra los logreros, y quando le llaman Samaritano, y endemoniado no toma tal satisfacion, dize el Santo: *quæsitu dignum est, qua gratia Christus hic indignatus, & maximè cum alijs iniurijs, contumelijsque affectus, Samaritanus, & dœmonium habens appellatus nil tale fecerit, nunc non contentus flagello, verbis etiam in eos invehitur;* Y la razon que yo hallo es, porque las vnas eran ofensas proprias, y las otras eran al Templo, y casa de Dios, y à lo publico, y quiso perdonar las suyas, ò passar por ellas como magnanimo, y piadoso; pero no quiere dissimular las que son contra la misma casa de Dios, y contra lo publico, y assi llega mas á su sentimienro la ofensa de su Madre que aun la propria.

65. Y aunque es verdad, que puede dezirse con la opinion de muchos Authores que referi en el *num. 62.* que no está cometido formalmente el sacrilegio, respecto de que no llegaron á hurtar cosa sagrada, para que fuesse *sacrum de sacro, ex leg. sacrilegi. 9. §. 1. ff. ad leg. Iul. peculat. leg. divi cod. eodem cum pluribus Farin. quæst. 172. ex num. 11.* y consiguientemente no debe imponerse la pena ordinaria: *vt præter Farinatium, & alios supra relatos tenet Greg. Lop. in leg. 18. tit. 14. part. 7. glos. 9. Anton. Gom. tom. 3. var. cap. 5. num. 11. & ibi Ayllon num. 12. Vela. de delict. cap. 30. num. fin. Pichard. in manud. §. 4. num. 110. Barbos. in cap. 2. de privileg. num. 3. Molina de iust. & iure tom. 3. disp. 684. num. 3. & disp. 695. num. 35. & 36.* quedando solo en terminos de pena arbitraria, *vt latè tenet Matheu controvers. 36. num. 50.*

66. Pero aunque á esto se pudiera responder, que estas doctrinas se debē entender respecto del derecho comun, no del derecho canonico, que en estos mismos terminos se comete sacrilegio

gio, *ex cap. quisquis 21. §. sacrilegium 17. quæst. 4. vt cum Lesio Suarez, Salçedo, Iulio Claro, Tiber. Dec. Delbene tenet Mathen vbi sup. num.* 25. ni en los terminos de la ley del Reyno 18. *tit.* 14. *part. 7. ò ladron que furtase de la Iglesia, ò de otro lugar religioso alguna cosa santa, ò sagrada; y la* 10. *tit.* 18. *part.* 1. *ò sacase por fuerça alguna de las cosas, quei estuviessen, quier fuessen de la Iglesia, ò de otro que las buvisse, puesto por guarda faria sacrilejo.* En que se evidencia, que para cometer, ò para que se dé por hecho el sacrilegio basta que sea cosa dedicada á la Iglesia, aunque no sea sagrada: *vt tenet Vela vbi sup. num.* 14. *y Greg. Lopez* refiriendo vna doctrina de *Paris de Puteo in leg. 18. tit. 14. part. 7. glos. 9.* porque, aquellas palabras *santa, ò sagrada* lo denotan, y manifiestan, como comprehensivas de vno, y otro.

67. Y aunque algunos Authores dizen, que esta ley 18. habla del sacrilegio formál, quando sacrum de sacro, y que las palabras santa, ò sagrada, es vna misma cosa, porque la palabra ò está alli como explicativa, no como disiuntiva, *vt cum Barbos. de dict. vsu fruct. dict. 415. num.* 5. lleva Don Lorenço *Matheu controv. 36. num.* 44. No puede admitrse esta doctrina, porque ademàs de ser contra las mismas palabras, y mente de la ley, es contra la naturaleza del proprio significado de la conjuncion *aut*, que denota disiuncion *ab argum. leg. plane §. pen. ff. de legat. 1. leg. Lucio Ticio ff. de leg. 2. legat. si is cui leg. si ita relictum §. fin. de legat. 2. Gut. lib. 1. practicarum quæst. 7. Barbos. in collectanea. ad concilium sess. 23. cap. 6. num. 11. vbi plures.* Y siendo tan expresssas, y claras las palabras de la ley, y su disposicion, ad vnguem servari debent, *vt ait Molin. de primog. lib. 1. cap. 9. num. 27. Pareja tit. 1. resolut. 3. § 1. num. 12. & 13.* porque quando la ley no distingue, nec nos distinguere debemus. *leg. non distinguemus ff. de receptis arbitris leg. preces ff. de oficio præsidis cap. quia circa de previleg. cap. Romanorum, 9. distinct. cap. consuluisti 2. quæst. 5. cap. solitam de maior. & obedien.* Principalmente quando se opone á las mismas palabras de la ley, que no deben quitarse, aunque sea en materia odiosa, porque solo pueden no ampliarse, como si tã solamẽte dixera cosa sagrada, no extenderla â la santa, porq̃ aunq̃ sea materia odiosa como dize *Sarmiento lib. 1. select. cap. 12. num. 6. & 7.* debe conservarse, y aun ampliarse, porque no se le haga fraude á la ley, & virtus eius eludatur,

leg.

leg. 4. §. *pen. ad Maced. Valençuela cum alijs consil* 61. *num.* 23. Con que no debe admitirse la interpretacion, como destructiva de la ley.

68. Evidencia mas está razon la ley 12. *tit.* 28. *part.* 3. *ibi toda cosa sagrada, ò religiosa, ò santa*, que constituye estas tres clases de cosas, con diferentes efectos, y si huviesse de ser como la doctrina referida; tambien estuviera la palabra O como explicativa, y fuera occiosa la reduplicacion, y no está sino es como disiuntiva, separando el sentido, aunque vniendo las palabras, que es la propria essencia de esta conjuncion, como puede verse en *Calep. y Ant. de Nebrija*, quitando qualquier duda la ley 10. *tit.* 18. *part.* 1. *ibi, ò sacáse por fuerça alguna de las cosas quei estuviessen; quier fuessen de la Iglesia, ò de otro que las huvisse puesto por guarda faria sacrilegio*; que aun es mas que en los terminos de nuestra ley; que tan solamente se dirixe á estas dos causas, *Santa, ò Sagrada*; y assi hurtando qualquiera de estas cosas comete el sacrilegio formal, y consiguientemente le corresponde la pena ordinaria, por ley de nuestro Reyno 18. *tit.* 14. *part.* 7.

69. Y aunque es cierto que las cosas hurtadas no se comprehendẽ en aquellas cosas rité sacratis, como son los vasos de los Sacramentos, y otros, los quales parece que pueden, y deben entenderse en el §. *Sacræ res instit. de rerum divis.* Con todo esso como dize *Peguera decis.* 24 *num.* 13. Ay otras cosas, que aunque no sean consagradas, están destinadas, y dedicadas á los vsos Sagrados, ò para el vso de los Sacerdotes quando han de celebrar, ò para el culto, y adorno del Templo, y Altares, y estas aunque realmente no sean sagradas se dizen sagradas, dize el mismo *Peguera vbi sup.* y assi concluye con estas palabras (constituyendo la diferencia de vnas cosas á otras, en quanto á la santidad) *ex quibus intelligas, quod quando aliquid ex prædictis rebus ab Ecclesijs subtrahitur, tùm dicimus sacrum de sacro tolli, & substrahi: quamvis in ter dictas res maxima in sanctitate sit diferentia.* Y esta diferencia será qualidad agravante en el mismo sacrilegio, no porque el otro dexe de ser sacrilegio, *vt rectè ait Tib. Dec. lib.* 6. *cap.* 30. *num.* 18. & 19. y assi les corresponde pena ordinaria.

70. Esta misma razon discurria yo, que la manifestaba la ley de nuestro Reyno, y que en sus palabras comprehende

vno, y otro en la palabra *Sagrada,* todo lo primero consagrado rité per Pontifices, en la palabra *Santa*, todas las demás cosas que llevo referidas, estando la ley explicativa del sacrilegio, para la pena, no explicativa en la conjuncion *aut*, para minorarla, ni quitar el sacrilegio, como quieren los Authores que llevo citados, y assi dá á entender, que no solamente la pena se debe entender en los que hurtaren cosa sagrada, sino es tambien en los que hurtaren cosa santa, comprehendiendolas debaxo de este nombre *Santa*, porque son dedicadas á Dios, destinadas á su culto, y exemptas del vso, y comercio humano: *cap. conquæstus de foro competenti, cap. semèl de regul iur. in 6. cap. quia iuxta 16. quæst. 11.*

71. Afiança este discurso la *ley* 12. *tit.* 28. *part.* 3. *toda cosa sagrada, ó religiosa, ò santa quees establecida al servicio de Dios, non es en poder de ningun ome el señorio de ella.* Admirables palabras las de Santo Thomás 2. 2. *quæst.* 1. *artic.* 8. donde poniendo diversos significados de la palabra *Sanctitas*, concluye: *& vtraque significatio competit, vt Sanctitas attribuatur his, quæ divino cultui applicantur: ita, quod non solum homines, sed etiam Templum, vassa, & alia huiusmodi sanctificari dicantur, ex hoc, quod cultui divino applicantur.* Con que siendo todo lo que se robò aplicado á el adorno, y culto de Maria Santissima Señora nuestra, y su Templo, queda formalmente cometido el sacrilegio, y consiguientemente le corresponde la pena ordinaria, como con elegancia dize la *ley aut facta §. locus ff. de pænis* en terminos de derecho comun, *locus facit, vt idem vel furtum, vel sacrilegium sit, & capite luendum, vel minore suplicio*, porque como dize la Glosa á esta misma ley, el sacrilegio se comete por el lugar, no por la cosa que se hurta: *& tenet Cujacio* 13. *observ. cap.* 19.

72. Aunque como he dicho puede responderse á estas objeciones con estos fundamentos arreglados á el derecho; quiero arreglarme á la comun opinion de los mas Authores, que llevan, que quando no es sacrilegio formal, no le corresponde la pena ordinaria, y que es arbitraria en el Juez: *tenet Barbos. in collect. ad cap.* 2. *de previleg. ex num.* 3. *Boerio decis.* 254. *ex num.* 5. *cum sequent.* Cant. *quæst. crimin. cap.* 8. *num.* 19. *Iulio Claro §. sacrilegium num.* 4. *& ibi Bayardo, Peguera decis.* 24. *ex num.* 15. *vsque ad* 25. *Pedro Greg. lib.* 33. *cap.* 15. *num.* 2.

Far:

Farin. de fu. tis quæst. 172. num. 11. Azev. in leg. 2. tit. 2. lib. 1. ex num. 2. 3. & 4. Ant. Gom. 3. var. cap. 5. ex num. 11. & ibi Ayllon num. 12. Cavall. cas. 134. num. 6. Vela de delict. cap. 30. num. 9. Matheu. controv. 36. num. 50. & probatur ex leg. 4. §. mandatis autem ff. ad leg. Iuliam pecul. & leg. 6. eodem porque aunque la ley 9. les impone la pena ordinaria, esta se debe entender del sacrilegio formal, quando sacrum de sacro: en los demás no les corresponde, porque como dize la misma ley, *amplius quam fures, minus quam sacrilegi merentur* Y esta misma doctrina, expressamente, la declara la *ley* 4. §. *mandatis vbi sup. & sic constitutionibus cavetur, vt sacrilegia extra ordinem digna pæna puniantur.* Y aunque pudiera seguirse la opinion contraria, considerando este advitrio; no en quanto á la pena, sino es en el modo de la pena: *scilicèt, vt vivi exurantur, vel vt furca suspendantur, vel vt ad bestias damnentur*; pero que siempre aya de ser la muerte natural, vt defendit *Cant. quæst. crim. cap. 8. num. 21.* pero como dixe al principio he de seguir la opinion de los mas Authores, que en todo la hazen advitraria.

73. Siguiendo esta opinion sin salir de sus limites debe imponerse en este caso la pena ordinaria de muerte, porque aunque sea advitraria la pena, ninguno hasta aora ha dudado que este advitrio vsque ad mortem potest, & debet extendi, segun la qualidad ò circunstancias del delito, *vt latè tradit Azev. in dict. leg. 1. num. 3. vbi sup. & tenent omnes supra adducti num. 72. & Fusius cum Farin. Tiber. Decian. Boerio, Boss. Clar. Tusc. Menoch. Peguer. Pedro Greg. & alijs Matheu Controv. 36. num. 50. tenet Dñs Covar. lib. 2. var. cap. 9. num. 7. Caballo. casu 92. Faquineo lib. 9. controver. cap. 45. Cabalcano de brachio Regio part. 4. num 64. Guacino defens. 33. cap. 16. ex num. 1. Giurba consil 6. num. 1. & consil 73. num. 5. Don Christoval de Paz in leg. stylli leg. 63. num. 55. Lara de vita hominis cap. 25. num. 65. Zeballos comm. contra comm. quæst. 304. Ayllon ad Gomez lib. 3. variar. cap. 6. num. 8. & idem Gomez Greg. Lopez in leg. 21. tit. 9. part 7. & probatur ex leg. sunt quædam 9. ff. de extra ordin. crim. leg. lex Iulia §. hodie ff. de ad legem Iuliam repet. leg. qui cum natu maior §. si tamen quis ff. de bonis libertorum leg. 1. & 2. cod. de his qui latrones accultarunt.* Y expressamente lo dize la *ley* 6. *ff. ad leg. Iul. pecul. sacrilegij pœnam de-*

bebit Proconsul, pro qualitate personæ rei conditione, & temporis, & ætatis, & sexus, vel severius, vel clementius statuere, con las palabras de la *ley* 4. *§. mandatis vbi sup. & prout, quisque deliquerit in eum animadvertant*, con que segun las circunstancias, y segũ la qualidad del delito debe conmesurarse la pena, extendiendola, prout quisque deliquerit vsque ad mortem; y assi de las mismas qualidades, y circunstancias deste hecho se evidencia que se debe imponer la pena ordinaria de muerte como llevo dicho.

74. Las circunstancias agravantes de este hecho (pues ellas mismas son al aumento, ò diminucion de la pena) se han de considerar segun la *ley aut facta* § 1. *ff. de pænis ex causa, persona, tempore, loco, quantitate, qualitate, & eventu*, con la comun de todos los Authores, de estos siete modos, casi todos concurren en este hecho, el tiempo porque fue executado este hurto de noche, circunstancia que agrava el delito, como dize la misma *ley*; *tempus discernit furem diurnum à nocturno, & probatur ex cap. 22. exodi & ex leg. 54. §. 3. ff. de furtis leg. furem ad legem Cornel. de sicar. leg. 4. ff. ad legem Aquil. leg. 5. eodẽ tenet Gut. de delictis quæst. 154 num. 27. Menoch. de arbitrar. casu 295. num. 6. Pedro Greg. lib. 37. Sintagm. cap. 1. num. 6.* con todo lo que dixe *sup. num.* 20. La persona porque debe atenderse (segun la misma ley) la excelencia de la persona contra quien se comete el delito, y la esfera de quien lo comete, con que aviendo sido cometido este delito á Maria Santissima Señora nuestra, es mayor que si se huviesse cometido á otro qualquier Santo, como dixe en el numero 63. y assi agrava el delito, y aumenta la pena, concurriendo en este mismo modo la injuria hecha al Capellan; en la violencia, y en la opression para robarle, que respecto de ser Sacerdote, le haze mayor delito, *vt dixi supra num.* 57. Por el lugar, porque siendo dedicado al culto, y reverencia, como casa de Dios lo agrava en todo, *vt etiam dixi num. 59. & 60.* y la distincion la pone la misma *ley aut facta, vbi supra, locus facit, vt idem vel furtum, vel sacrilegium sit, & capite luendum, vel minore suplicio*, con que en la misma violacion, y profanacion de la Iglesia, y casa de nuestra Señora, se evidencia la circunstancia agravante, para aumento de la pena. En la qualidad, no discurro que puede aver hurto, ni robo mas qualificado,

por-

porque ademàs de las razones dichas arriva, tiene la qualidad de la violencia, y de las armas, pues los quatro se arrojaron armados, con armas de las prohibidas, y cometieron el hurto que basta para imponerles la pena ordinaria: *ex leg. hi, qui ædes 11. ff. ad leg. Iuliam, de vi pub. ibi hi, qui ædes alienas, aut villas expilaverint, effregerint, expugnaverint; siquidem in turba cum telo fecerint, capite puniuntur, cap. fin. §. fures autem novell.* 124 *Farin. quæst.* 167. *num.* 23. Tiber. *Dec. lib.* 8. *cap.* 5. *num.* 3. *&* *cap.* 17. *num.* 4. *Menoch. de arb. cas.* 299. *num.* 5. *Greg. Lop. in leg.* 2. *tit.* 10. *part.* 7. *glos.* 3. y en la *ley vulgaris* 21. §. *qui furti ff. de furtis*, lo dá á entender *Vlpiano*, *qui furti faciendi causa conclavè intravit non dum fur est, quamvis furandi causa intravit, quid ergó? qua actione tenebitur? vtiquè iniuriarum, aut de vi accusabitur, si per vim introivit.*

75. Y porque no quede escrupulo alguno en doctrinas tan claras, quiero hazerme cargo de la objeccion que pueden poner á este fundamento, deducida de la misma *ley hi, qui ædes*; que es necessario para que se incurra en la pena de esta ley, y las demás, *vt in turba, & cum armis vis fiat.* En este hecho falta la qualidad primera, porque non fuit in turba: pues á lo menos eran necessarios diez hombres, *ex leg. Prætor ait §.* 1. *ff. de vi bonorum raptorum.* Con que no aviendo ido mas que quatro no pareçe que tiene esta qualidad, y por consiguiente no ay violencia. Este argumento no tiene substancia, porque en el hecho presente no puede dudarse de la violencia, y fuerça, y solo la duda que puede aver, es en el numero de los que componian la turba, q̃ aunq̃ segun la ley dicha digã los Authores que han de ser á lo menos diez, no es necessario este numero, para que la aya, pues eo ipso, que estos quatro vnidos, y con sus armas, se arrojaron á la Hermita, queda clara la fuerça, *vt constat ex leg.* 1. *tit.* 10. *part.* 7. y assi dize *Greg. Lop.* en esta misma ley, que bastan dos, ó tres hombres armados: *Et sic videtur, quod sufficiant duo vel tres homines armati & probatur ex leg.* 3. *ff. de vi*, y en la *ley* 2. *eodem tit. & part. glos.* 3. *in fin.* dize que si son de à cavallo, que bastan quatro, ó cinco, con vna doctrina de *Bartolo in leg. oves ff. de abigeis*; y mas dize, que consideradas las circunstancias del hecho, y la qualidad del lugar, y contra quien se haze la violencia, ò fuerça, bastan menos para cometerla; con que avien-

do quatro de á cavallo los que concurrieron á vn lugar immune, despojandolo, y quebrantando su inmunidad, y á vn lugar solo, y en despoblado, defendido solo del Cura de aquella Hermita, son circunstancias que se deben atender, y considerar segun la doctrina referida, para aumentar la pena hasta la ordinaria.

76. Además, que por las leyes de nuestro Reyno, no se necessita de esta circunstancia, pues expresissimamente lo dize la *ley 18. tit. 14. part. 7. ò si fuessen ladrones que huviessen entrado por fuerça en las casas, ò en los lugares de otro para robar, con armas*, porque aqui solo se requiere el ingresso violento para hurtar; y mas á los terminos de este hecho la *ley 6 tit. 5. lib. 4.* del fuero. *Todo hombre que foradare casa, ò quebrantare Iglesia, por furtar, muera por ello.* En donde sin los requisitos de armas, y tumulto, les impone la pena ordinaria; pero mas claro, y mas expressamente la *ley 74. stylli* lo declara, *vt videri potest, & tenent Montalvus in dict. leg. 6. Paz in dict. leg. 75. Ant. Gom. tom. 3. var. cap. 5. num. 12. & ibi Ayllon, Gut. quæst. 157. num. 9. Matheu. controv. 34. ex num. 19.* Y assi por razon de la qualidad es circunstancia agravante, y se les debe imponer la pena ordinaria de muerte, *vt tenet Dominus Covar. lib. 2. var. cap. 9. num. 7. Menoch. de arbitr. cas. 295. num. 7.*

77. La otra circunstancia agravante, es respecto de la cantidad (que en este caso se agrava el delito, y aumenta la pena) porque si en el hurto, siendo de re minima, ay qualidad, que lo agrave, tiene la pena ordinaria de muerte, *vt cum Farin. tenet Basilico decis. 13. num. 39. & 40.* Con quanta mas razon en el hurto qualificado, y de entidad, y cantidad considerable, debe imponerse, y aumentarse la pena, *vt ait Dominus Covar. lib. 3 var. cap. 9 num. 7.* donde tocando la quæstion (que tambien mueve *Anton. Gom.* en el 3. de sus *var. cap. 5. num. 7. & 8.*) *Si pro vno furto magno*, se puede imponer la pena ordinaria, dize que es problematica esta question, porque muchos defienden la afirmativa, y muchos la negativa, que vnos, y otros los juntò *Ayllon in dicto loco*, y aunque el señor Covarrubias se aplica á la negativa, concluye con estas admirables palabras: *Etiam si lege cautum sit furem, non esse occidendum, sed alia imitiori pæna damnandum, non ex hoc vetitum est iudices ob criminis qualitatem ex eo quod, vel ratione loci, temporis, aut quantitatis, furtum*

sit

sit extra ordinarium, & maximè grave, & ob exemplum furem istum vltimo suplicio afficere. Con que aviendo sido este vn hurto tan qualificado como llevo dicho, y de vna quantidad tan considerable, pues robaron seis Lamparas, vn Frontál de plata, dos arañas, dos Candeleros, bienes de la Iglesia, y del Cura de ella quatrocientos ducados, vna tembladera, y vnos vassos de plata, se evidencia lo considerable del hurto, y lo grave en la cantidad para esta circunstancia, y por ella imponerles la pena ordinaria, como en terminos de menor cantidad dize *Azevan leg. 2. tit. 2. lib. 1. recop. num. 3.* De que fue testigo de vista, que por el hurto solo de vna Lampara, que era de valor, fueron castigados con la pena de muerte dos menores (que ni aun la menor edad los libró) con quanta mas razon deberá imponerse este delito en que concurren todas las que se pueden pedir para su gravedad, siendo tan atroz, y enorme por todos modos, que no parece que pueden dexar duda, *vt rectè tradit Dñs Covar. vbi supra num. 7.*

78. Assentada la gravedad de este delito, y la pena que le corresponde, pues no huvo nacion, ni gente tan impia, ò barbara, que con gravissimas penas no lo castigasse (que de intento por la brevedad omito) pero pueden verse en *Pedro Gregor. lib. 33. sintagm. cap. 15. & 16. per totas, & latè Tib. Dec. lib. 6. cap. 33. per totum,* Es necessario que discurramos si este delito está probado, para que pueda imponersele la pena de qué hasta aqui hemos hablado.

79. Es tan clara, evidente, y concluyente la prueba de este delito, y su justificacion, que no dexa el menor escrupulo (à mi corto entender) porque en quanto al cuerpo del delito que es la vasa fundamental, *vt dixi supra num.* 38. & 39. está plenamente justificado, pues este se comprueba con la possession, con la falta de la prenda, ò cosas hurtadas: *vt tenent Iulio Claro §. furtum, & ibi Bayard. num. 76. Mascar. de prob. conclus.* 830. & 832. *Farin. quæst. 2. per totam.* Con que teniendo justificado la possession de las Lamparas, Candeleros, arañas, y Frontal, en quanto à la Iglesia, y en quanto al Capellan, los vasos, tembladera, y dinero, queda justificado el cuerpo del delito con la falta destos bienes, y prendas.

80. Justificado el cuerpo del delito, como llevo dicho, está de los mismos autos plenamente justificado el delito, porque

aunque está el reo negativo en su confession, está convicto, que basta para imponerle la pena que le corresponde, pues está justificado con dos testigos de vista, que son Antonio Nuñez, y Simõ Nuñez, que Don Gaspár de Yelbes fue vno de los que cometieron este hurto, con cuyas deposiciones está plenamente probado *ex leg. 1. & 2. ff. de testibus capite veniens, capite in omni negotio capite licet vniversis eodem, & tenent Ant. Gom. tom. 3. var. cap. 12. num. 6. & ibi Ayllon, vt ego dixi supra num. 37.*

81. Y aunque estos son socios criminis, este vicio lo tienen purgado en el tormento, como consta de los mismos autos, y quedaron, y son testigos habiles, idoneos, por las razones, textos, y Authores que referí en el primer hurto desde el *num. 41. hasta el num. 44.* y mas siendo de los delitos exceptuados, en que prueban estas deposiciones, *vt præter supra relatos ait Iulio Caponio discep. 269. num. 21.* Porque el tormento le purga el vicio, y los constituye habiles para deponer, y para que haga fé su dicho contra el socio, principalmente quando de sus dichos no esperan la libertad, *nec tendunt in sui exculpationem, vt latè cum pluribus dixi supra num. 43. & tenet etiam Iulio Caponio discept. 137. num. 4.* Y assi queda clara la probança maximé adminiculado estos dichos, con los evidentes indicios que ay en esta causa, que quando esta no fuera plena probança, basta por ellos para imponer la pena ordinaria, como de ellos mismos se enunciará, pareciendome muy deste hecho esta probança, y muy del caso; y assi tocaré algo de esta materia.

§. V.

*** DE INDICIOS. ***

82. Antes de passar á hazer demonstracion de los indicios con q se comprueba este delito, es preciso averiguar si por ellos se puede passar á imponer la pena ordinaria de muerte; en cuyos terminos son varias las opiniones de los Authores defendiendo vnos la negativa, y otros cõ mas eficaces fundamentos la afirmativa, y otros mediam viam eligentes, defienden, que por los indicios, y presunciones el reo debe ser castigado con pe-

pena extraordinaria; no con la ordinaria, que vnos, y otros en el progresso iré refiriendo; de estas opiniones (debaxo de la soberana censura de V. S.) la afirmativa es la mas comun, y la arreglada á los terminos de derecho, porque aunque la negativa, y la media quieren corroborarla, se desvanecen sus fundamentos con evidencias juridicas, y con razones legales, y para mayor claridad con licencia de V. S. pondré primero los fundamentos que he podido discurrir, y ver para vna, y otra opinion negativa, y media, para hazerme cargo de ellos, y satisfacerlos.

83. El primero es de la *ley absentem 5. ff. de pœnis*, *sed nec suspitionibus debère aliquem damnari, sanctius est nocentem impunitum relinquere, quam innocentem damnari*; en donde por las mismas palabras de la *ley*, scilicet, *sed nec suspitionibus debére aliquem damnari, &c.* se evidencia que por indicios, y presunciones no se puede juzgar, y consiguientemente passar á imponer la pena ordinaria.

84. El segundo fundamento lo deducen de la *ley qui sententiam, cod. de pœnis*: en donde claramente se prueba, que no se puede passar á imponer la pena ordinaria, sino es en el confiesso, ò comprobanças concluyentes convicto, *aut sua confessione, aut certè omnium, qui tormentis interrogationibus fuerint dediti, in vnum conspirante, concordanteque rei finem convictus sit, & sic in obiecto flagitio deprehensus, vt vix etiam, quem commiserit negare sufficiat*; y la Glosa en esta misma ley dize, que ha de ser convicto por testigos; canonizando este texto el *cap. nos in quemquam 2. quæst. 1. nos in quemquam sententiam ferre non possumus nisi aut convictum, aut sponte confessum*, porque no se puede condenar al reo sino es con vna probança plena, y evidente, y como vulgarmente se dize, mas clara que la luz de medio dia: *ex leg. fin. cod. de prob. Menoch de arbitr. casu 279. in princip. Farin. de reo confesso quæst. 86. & probatur ex cap. sciant cuncti 2. quæst. fin. & ex leg. licet Imperator 74. ff. de leg. 1. Plaza de delictis cap. 19. num. 25.* Luego solo por indicios, y presunciones no debe condenarse.

85. El tercer fundamento de esta opinion es el celebre texto, y por celebre vulgar del *cap. afferte 2. de presumpt.* trasladado del *lib. 3. de los Reyes cap. 3.* En donde aviendo llegado á Salomon las dos mugeres, vna con afectado dolor, otra con dolor ver-

verdadero, ſuponiendo lagrimas la vna para pedir por ſuyo el hijo, quando la otra con llanto maternal por ſuyo lo ſolicita, en cuya duda perplexo Salomon (que ſuele el engaño disfrazarſe en lo aparente, para paſſar por evidencia, como dixo Seneca: *Solent aliquando vitia virtutes imitari*) prorrumpiò : *afferte mihi gladium, &c. & dividatur infans*, ea dividid el infante, dad la mitad á cada vna, callò la vna, quando ſe partieron en llanto las entrañas de la verdadera madre, y entonces el Rey prorrumpiò en eſta ſentencia : *vincam dolos, date huic lugubri mulieri infantulum, pietatis eſt filius, & hæc eius mater in qua incrementa monſtrantur, dolo vinci potuit, vincere nequit pro parte: ſuæ parcit ſanguini, nobis dolendo miſeram eſſe docuit, & matrem, ita refert Franciſco de Heredia in ſuo Salom. pacific. fol.*49. De cuya ſentencia, y deciſſion ſe evidencia que aunque por eſte indicio paſsò Salomon á la reſtitucion del hijo, no paſsò á imponer la pena de la *ley Flabia de plagiarijs*; luego porqué por indicios, y preſunciones no ſe puede imponer la pena ordinaria?

86. El quarto fundamento, es del *cap. præterea de teſtib.* endonde, por ſolas preſunciones, quamtumvis violentas no baſta para imponerſe la pena maximé quando no ſe corrobora con otras circunſtancias, y adminiculos, *præſumptionem violentam fama conſentiens ſubminiſtret, & alia legitima adminicula ſuffragentur.* Luego por indicios, y preſunciones no ſe puede paſſar á imponer la pena ordinaria.

87. El quinto fundamento nace del *cap. inter ſolicitudines de purg. canon.* en donde. *qui deficit in purgatione hæreſis* ſe priva de los beneficios, y ſe recluye en algun Monaſterio; pero no ſe entrega á la curia ſecular para que le caſtigue con la pena, como á el herege impenitente, *ex cap. ad abolendum de hæreticis.* Y aunque el que falta in purgatione ſe conſidera impenitente, *ex gloſ. in cap. inſinuatum de ſimonia, adhùc* no ſe entrega aunque reſulte eſta preſuncion contra él, luego no baſtan indicios, y preſunciones para la pena ordinaria, y mas fuerça tiene eſte argumento, ſi en materia de fé en que debe extenderſe el rigor contra ſus adverſarios no baſta, mucho menos debe ſer en los demás delitos criminales, quando ſolo reſultan indicios, y preſunciones.

88. El ſexto fundamento ſe prueba con el *cap. inſinuatum*

tum 13. *& cap. tua nos de simonia.* De este delito la pena ordinaria es privacion de oficio, y beneficio: *ex cap. 2. de confes. cap. de hoc de simonia, sed qui defficit in purgatione simoniæ.* No se castiga con la pena ordinaria del delito, *vt constat ex prædicto*, y no por otra razon, sino es por ser la probança de vna violenta presuncion, luego etiam in criminalibus, no se podrá imponer la pena ordinaria por indicios, y presunciones.

89. El septimo fundamento, es de la *ley divus ff. ad leg. Pompei. de parr.* en cuyos terminos á el padre que matò al hijo no se le impone la pena ordinaria de parricida, *ex leg. 5. cum vulgatis eodem, & tenet latè Solorçano de parricidio cap. 2 per totum Ramos de parricidio cap. 1. per totum*, sino es se castiga con pena extraordinaria, porque solamente resulta la presuncion de la injuria en el adulterio, y assi dize el texto, *filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in Insulam eum deportasse*; luego porque por indicios, y presunciones no se puede passar á imponer la pena ordinaria.

90. Además que las leyes, en quanto pueden derogan la pena ordinaria de muerte, porque todo su fin, es la conservacion de la Republica, que consiste en la conservacion de los individuos: *ex leg. cum ratio ff. de bonis damnat. tenet Basilico decis. 1. num. 2.* Y esto se vé evidenciado por las piadosas leyes de nuestro Reyno *la 8. tit 11. lib. 8. recop. y la ley 4 tit 24. lib. 8. recop.* en donde se dispensa en la pena de muerte, comutandola en la de Galeras, y con la pena ordinaria, se priva la Republica de los individuos, y assi para privarle se requiere probança concluyente, no de indicios, y presunciones, que estas deben considerarse dudosas, imbecilles, y nada firmes: *ex cap. iuravit cap. causam matrimonij de probation.* Luego de ningun modo por indicios, y presunciones se debe passar á imponer la pena ordinaria, *vt ait Morla in empor. tit. 12. num. 9.* porque los indicios, y presunciones son vnos argumentos por donde el Juez discurre el hecho, y viene en conocimiento del delito, estos como presunciones pueden engañar el animo del Juez, y assi debe obviarse la pena ordinaria, porque quando ex aliqua causa, el acto se puede considerar dudoso, debe interpretarse, *ne operetur delictum ex leg. merito ff. pro socio, & tenent omnes criminalistæ*, y pudiendo darse la exclusiva del delito, no se ha de dar la inclusiva: *ex lag. merito,*

leg. fin. ff. quòd metus causa, y assi debe evitarse la pena ordinaria, y interpretar el acto contra el delito: *ex cap. vltimo de præsumption. & tenet Basilico cùm magno interpretum agmine vbi sup. num. 2.* porque como la pena de muerte, sit omnium terribilissimum, y lo summo de las penas no debe de pender de la incertidumbres de los indicios: *ex leg. 1. §. si quis vltro ff. de quæstionib.* que pueden ser, y no ser, y en este caso no prueban segun el axioma vulgar. *Non enim hoc probat esse, quod facile contingit abesse, leg. non hoc ff. vnde cognati, leg. neque naturalis cod. de probat.*

91. Vltimamente, por corona de esta doctrina, se puede adducir el argumento de la *ley 26. tit. 1. part. 7.* que siendo en ella traducida la *ley sciant cuncti fin. cod. de probat.* poniendo el modo de probanzas, omitiò el sapientissimo Rey la de indicios; luego porque no los considerò suficientes para imponerles la pena ordinaria, y esto mismo se colige de la *ley 16. tit. 23. part. 3.* donde para negar la apelacion en los delitos exceptuados, se requiere que esté el delito probado por testigos, ò por la confession del reo, *ibi: á quien le fuere probado por buenos testigos, ò por su conociencia fecha en juyzio, arreglandose á esto* dos modos, y no haziendo mencion de la de indicios, porque no la considera bastante, ni concluyente, y assi por indicios, y presunciones no se puede passar á imponer la pena ordinaria; cuya opinion siguen *Tiraquello de pænis causa 27. Avendaño de exequend. mand. part. 2. cap. 16. num. 12. ad finem Boer. decis. 161. num. 1. Plaza de delict. lib. 1. cap. 14. num. 3. Iulio Claro §. fin. quæst. 10. num. 6. Farin. quæst. 86. num. 100. Menoch. de præsumptionib. lib. 1. præsumpt. 94. num. 3. & præsumpt. 97. num. 23. cum alijs congestis á Barbosa in collectanea ad cap. afferte de de praesumpt. & viribus magnis, Morla in emporio iuris tit. 12. per totum*, con algunos destos fundamentos, que ellos, y los demás son los que conducen para esta opinion.

92. La segunda opinion, es que por los indicios, y presunciones no se debe imponer la pena ordinaria, pero que debe el reo ser castigado con la extraordinaria, arbitrio Iudicis, y fundase esta opinion, primeramente en el capitulo *litteras 14. de præsumpt.* donde por los indicios, y presunciones no se castiga con la pena ordinaria del delito, sino es con la extraordinaria,

ibi

ibi cum propter solam suspitionem, quamtumvis vehementem, nolumus illum de tan gravi crimine condemnari, talem, & tantam securitatem recipientes ab ipso, præter iuratoriam cautionem, quod timore pænæ corporalis debeat coercéri, discretam ei pænitentiam iniungatis. Con que solo se debe imponer la pena extraordinaria, no la ordinaria.

93. Pruebase tambien de la *ley divus supra adducta ad legem Pompei. de parricid.* en donde por los indicios *extra ordinem pænitus fuit reus*, no con la pena ordinaria de parricida, pruebase tambien del *cap. inter solicitudines de purgat. canon.* donde tambien se castigò con la pena extraordinária, y no con la ordiria *ut dixi supra num.* 87. Prueba esto mismo el *cap. tua nos* el *cap. insinuatum*, y el *cap. cum de hoc de simonia* en donde fue la pena extraordinaria, y no la ordinaria, *ut etiam dixi num.* 88. por que la probança solo resultaba de indicios.

94. Confirma esta doctrina el *cap. accedens §. si veró de accusation.* en donde para imponer la pena ordinaria requiere plena, legitima, y concluyente probança, y por indicios, y presunciones, solo le impone la extraordinaria: *si verò legitimus non apparuerit accussator, & ipse super prædictis, respersus invenitur infamia purgationem ei caonnicam indicatis*; y assi por indicios, y presunciones no se puede imponer la pena ordinaria, lo qual se evidencia del *cap. significasti de adult.* y del *cap. cum contumacia de hæret. in* 6. Y assi por indicios, y presunciones, aunque el reo debe ser castigado, no puede, ni debe serlo con la pena ordinaria.

95 Además, que no puede dudarse que ay diferencia, entre las probanças regulares, de testigos, y confession del reo, y los indicios, y presunciones; porque las primeras manifiestan el delito, *& immediate illud attingunt*: las otras son vnos argumentos, y medios para la probança del delito, y para considerarla por tal, con que aviendo distincion en la natutaleza de la probança, la debe aver en la naturaleza de la pena, y assi no avrá de ser la ordinaria. Esta opinion la defiende Tiraquello *de pænis, causa* 27. *num.* 2. *Menoch. de præsumpt. lib.* 1. *quæst.* 97. *per totam, Guacino de defension. reorum defens.* 30. *cap.* 41. *Basilico decis.* 1. *ex num.* 2. *vbi alios plures congerit.*

96. La tercera opinion, que es la afirmativa, *scilicét*,

que por indicios, y presunciones se puede, y debe imponer la pena ordinaria, es la mas recebida en los Authores, la mas legal, y corroborada con fundamentos indissolubles, en mi corto dictamen, y assi siguiendo esta vltima opiniõ: no por razon del oficio, que siempre debe pedir, ò quieren que pida lo mas rigoroso para mayor cumplimiento de su obligacion, como dixo el señor *Larrea alleg. 2. Quia eius curæ, & muneri in iunctum defendere iura regalis patrimonij, quæ pertinent ad publicam vtilitatem, & regimen curare, vindictam delictorum persequi:* (aqui) *& inde si nimis acriter circa id se gesserit suæ obligationis complememto tribuendum*; conviniendo con lo que dixo Vlpiano en la ley 9. *ff. de his quibus vt indignis palàm, & apertè maledicere, infaustasque voces adversus reum iactare*; no por este motivo, como he dicho, sino es movido de la verdad de la pinion, y de los fundamentos en que estriva, que sin duda convencen.

97. La vasa fundamental desta opinion, como norma, y regla de las probanças; es la *ley sciant cuncti fin. cod. de probat.* que dize, que la causa esté probada *idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indicijs indubitatis, & luce meridiana clarioribus*, de cuyas reglas se evidencia, que vno de los modos de probarse los delitos es por indicios, y presunciones, luego siendo probança señalada por derecho, estando por ella probado el delito se debe passar por ella á imponer la pena ordinaria: *& probatur ex leg. 3. cod. de Theodos. de abolitione.*

98. Pruebase esta opinion con la *ley Milites* 8. §. *oportet, ff. de quæstionib. sed argumentis primo verò similibus, probabilibusque vti*: con la *ley* 3. del mismo *tit. & si præstita fuerint in tanto scelere argumenta, vt videantur accedere vero similia causæ crimina*; con la *ley quicumque 2. cod. de requirendis reis*, donde bastan indicios, y presunciones, pues de sus mismas palabras se evidencia; mas concluyentes, y mas claras las palabras de la *ley non omnes, §. à barbaris, ff. de re militari, & si liquidò probari non possit, argumentis cognoscendum est.* De cuyas palabras se colige, que quando falta la prueba de testigos, confession del reo, se debe juzgar por los indicios, y presunciones, luego son suficientes para passar á castigar al reo con la pena correspondiente al delito.

99. Fundase tercio en el *cap. præterea de testibus* aducido

cido por prueba de la opinion negativa, que antes es comprobante de esta afirmativa como lo denotan sus palabras: *etenim circunspectus iudex motus animi sui ex argumentis, & testimonijs, quæ rei aptiora esse compererit, confirmabit.* Poniendo primero los indicios que otra qualquier probança, y considerandola por suficiente para imponer la pena, como se manifiesta esto mismo en la ley 2. *cod. quorum apellat. argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus*, dando por legitimas, y concluyentes probanças, con las demás las de los indicios, con que siendo legitima probança debe imponerse por ella la pena ordinaria.

100. Quarto se prueba del cap. 12. *de præsumpt.* donde por indicios, y presunciones se diò la pena ordinaria del delito, *vt constat ex ipsius verbis: Consultationi tuæ talitèr respondemus, quod huiusmodi violenta, & certa suspitione fornicationis potest sententia divortij promulgari* luego son suficientes los indicios, y presunciones, para probar el delito, y consiguientemente para imponer la pena ordinaria.

101. No es de menos eficacia, ni menos concluyente el *cap. accusatus de hæreticis in 6.* en donde por indicios, y presunciones basta para declarar por relapso en la heregia, y entregarlo á la curia secular para la pena ordinaria. Son palabras admirables, y concluyentes, *accusatus de hæresi, vel suspectus contra quem de hoc crimine magna, & vehemens suspitio orta erat, si hæresim in iuditio abiuravit, & postea committit in ipsa, censèri debet quadam iuris fictione relapsus*: Y mas aumenta el caso en las siguientes palabras: *licet ante abiurationem suam hæresis crimen plenè probatum non fuerit contra ipsum.* Luego siempre que huviere indicios, y presunciones se debe passar á imponer la pena ordinaria.

102. Rursus se comprueba esta opinion con el texto en la ley 14 *ff. ad Senat. Consult. Syllanian.* En donde fue castigado con la pena ordinaria de muerte el esclavo impubere, que estava en el mismo quarto del señor que se hallò muerto, porque de solo no aver descubierto la muerte, le considerò la ley participe del delito, y por este mismo indicio se le impuso la pena de muerte, luego los indicios, y presunciones son suficiente probança para passar á imponer la pena de muerte: *vt asserit cum*

prædicta lege Basilico decis. 1. num. 26.

103. Otro fundamento se evidencia en la ley 34. *cod. ad leg. Iul. de adult.* que es el que comunmente traen todos los Authores, en donde, aunque por razon del parentesco ò afinidad, se excluya el delito del incesto, y adulterio: *ex leg. 19. cod. de Episcop. & Cleric. cap. cum in iuventute de præsumpt.* Si despues contraxeren matrimonio los acusados se castigan con la pena legal, dando por probado el delito por el subsequente matrimonio, de qué resulta el indicio para la probança, *vt elegantèr ait Marcial lib. 2. Epigram. 22.*

Quod nubis, Proculina concubino,
Et mæchum modo nunc facis maritum
Nec lex Iulia te notare possit:
Non nubis, Proculina, sed fatèris.

Teniendolo por suficiente, como dize la misma *ley Qui post adulterij crimen proximitatis obtentu depulsum nuptias contraxerint, facinus publicasse videtur manifesta fide, atque indicijs evidentibus publicabunt. Unde si qui einsmodi reperti fuerint, iussimus in eosdem severissimè vindicari, & veluti convictum, confessumq; facinus puniri.* Decission que basta para quitar duda en las opiniones, pues se evidencia que solo por indicios, y presunciones se debe imponer la pena ordinaria: *quod etiam probatur in leg. 12. tit. 14. part. 3. & etiam ex verbis legis 1. §. divus ff. ad leg. Corneliam de sicarijs, si quis gladium strinxerit, eoque percusserit indubitate animum occidendi habuisse presumitur.* Se castiga como homicida, porque dél mismo resulta la presuncion para la probança, y de ella la pena, pues del mismo acto se manifiest a el dolo, y esto lo canoniza el *cap. 22. del exodo: Qui percusserit proximum suum volens occidere morte moriatur.* Y assi por indicios, y presunciones se debe imponer la pena ordinaria.

104. Autoriza esta opinion la Escritura Sagrada, en los Libros de Josué, *cap. 7.* donde por la suerte que cayò en Achám con que se evidenciò el hurto, fue castigado con la pena de muerte; como consta del mismo texto: *Lapidavitque eum omnis Israél, & cuncta quæ illius erat inge consumpta sunt.* Con que por los indicios, y presunciones se debe passar á imponer la pena ordinaria.

105. Pruebase esta doctrina *ex cap. porrecta §. cum* igi-

igitur de confirmat. vtili, ex sola violenta præsumptione Religiosi, aut falsarij puniuntur. Con la *ley iubemus, cod. de probat. leg. fin. cod. si mancipium ita fuerit, & clarius textus in authentic. si quis ei cod. ad leg. Iul. de adult. cap. cum in tua Diœcesi de vsuris.* En donde se prueba que los vsurarios convictos por indicios, y presunciones se castigan con la pena del Concilio Lateranense, que es la ordinaria deste delito, luego los indicios, y presunciones son suficientes para imponer la pena ordinaria.

106. Admirable para esta opinion es la decission del texto en la *ley indicia, 19. cod. de rei vindicatione,* en donde equipara la probança de indicios, á la de los instrumentos: *indicia certa, quæ iure non respuuntur, non minoris probationis, quam instrumenta continent fidem,* de cuya decission se colige la probança por indicios; pues en todo el derecho, la de los instrumentos es la mas relevante, y assi se dize: *probatio probata in leg. cum præcibus cod. de probationib. Clem. Sæpe de verb. signifi. vt ait Hieronym. Gonçal. ad regul. 8. Cancellariæ Glos. 64. num. 4. & 5. Farin. decis. 317. num. 2. Scacia de indicijs lib. 2. cap. 7. num. 152. & cum pluribus Pareja de instrumentorum ædition. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 3.* Y assi dize, que lo que consta en el instrumento es evidencia: *ex cap. cum accesissent de constitution. cap. cum contingat 24. de rescript. cap. cum dilecti de donat.* Y el instrumento haze probança plena, probada evidente, manifiesta, real, indubitada, y notoria, sin que en ello aya disputa: *cap. licet causa de probat. cap. cum inter de re iudicata, Dñs Larrea alleg. 21. num. 1. cum Tiraquello de retractu Linagier. §. 2. Glos. 1. num. 20.* Con que equiparandose los indicios por esta ley á los instrumentos, vienen á ser probança probada, plena evidente, manifiesta, notoria, y indubitable, y assi se debe por ella passar á imponer la pena ordinaria.

107. Vltimamente son tan dilatados los fundamentos de esta opinion, que si se huvieran de referir todos, fuera inacesible el querer dinumerarlos; porque además de los referidos, otros textos; y lugares se pueden ver en los Authores, que defienden esta opinion, que son el señor *Larrea alleg. 66. & alleg. 96. Ped. Barb. in leg. 2. ff. soluto matrim. ex num. 68. Sarmiento lib. 1. selectarum cap. 1. per totum. Peguer. decis. 17. per totam, Farin. praxi quæst. 36. num. 36. & quæst. 87. num. 111. Zeballos com-*

contra comm. quæst. 37. in princip. Caballo casu 288. num. 13. Giurba cons. 43. num. 23. Menoch. de arbitr. casu 279. et 372. Thom Sanchez consej. moral lib. 1. cap. viii. dub. 12. Scobar de puritate sanguin. quæst. 8. §. 1. ex num. 15. Azevedo, in lege 4. tit. 6. lib. 8. recop. Barb. in collectanea ad cap. afferte 2. de præsumpt. Ant. Goz. var. cap. 12. num. 15. Dñs. Covar. lib. 1. var. cap. 1. num. 10. Cant. quæst. crim. cap. de indicijs per totum, el Padre Marquez en su Governador Christiano lib. 2. cap. 17. & vnus pro mille, mi Colegial el eruditissimo Señor Don Manuel Gonçalez in cap. 2. de præsumpt. & in cap. litteras eodem vbi plures.

108. Corroborada esta opinion con tan solidos, y legales fundamentos, y con las doctrinas de todos los Authores de mejor nota; no obstan los fundamentos de la opinion negativa, y media, para cuya solucion hemos de suponer los modos de indicios, y presunciones, y omitiendo las divisiones, y difiniciones que refieren los Authores, y cita *Basilic. en su decis. 1. Farin. en la quæst. 36. num. 77.* porque todos se vienen á reducir, y comprehender debaxo destas dos presunciones, scilicét *iuris, & hominis.* La presuncion de derecho es *quam ius ipsum concludit, quibusdam positis, vt id, quod in quæstione est, verò similitèr, seù probabilitèr, sit consequens.* Por cuya razon aquella que no está señalada por la ley, ò recebida, por vso, costumbre, ò estatuto, no es presuncion de derecho.

109. Esta presuncion de derecho, es de dos modos, vna *iuris simplicitèr*, otra *iuris & de iure*, esta segunda, es vna presuncion de la ley, que de la misma presuncion induce la certeza, para determinar, como dixo Thomás Sanchez *de matrimon. lib. 7. disput. 37. num. 7. quam lex tam quam firmum ius constituit, & asserit Menoch. de præsump. lib 1. cap. 3. ex num. 16. ex leg. cum ostendimus ff. de fide iussor. tutor. & ex cap. is qui fidem desponsalib.* llamase *iuris, & de iure* esta presuncion: *iuris*, porque es introducida, y aprobada por la ley; *de iure*, porque sobre esta misma presuncion, la ley constituye el derecho, y la tiene por cierta *vt explicat Alciato in tractatu de præsump. in prælud. num. 3.* De tal suerte, que es tanta la eficacia desta presuncion, que el Juez *statim secundum eam debet iudicare*, sin admitir probança en contrario, porque la naturaleza, y essencia desta presuncion no la admite: *ex leg. in genuum ff. de statu hominum, leg. à Divo Pio*

§. *si*

§. *si pignora ff. de re iudicata leg. antiqua cod. ad Villeian : leg. qui hominem* 34. §. *Titius ff. soluto matrimon. cap. fraternitatem* 54. *distinct. cap. si quis Clericus* 11. *quæst.* 1. *cap. insuper qui matrimon: accus. tenent Sanchez , & Menochius vbi supra Dominus Gonçalez in cap. afferte num.* 12.

110. Por esta razon todos los Authores la llaman violentissima, y necessaria , porque *ab ea non potest recedi*, como probança luce clarior , evidente , manifiesta , y indubitada : *vt latè docet Dñs. Covar. lib.* 2. *var. cap.* 6. *Molina de primo gen. lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 40. *Farin. de indicijs tit.* 1. *quæst.* 36. Y el que tiene la presuncion á su favor *non indiget probatione , cap. qui verisimile* 10. *cap. vlt. de probat. cap.* 2. *de restitut. spoliat. leg.* 3. *leg. si pactum* 9. *leg. si Chirographum cum leg. sequenti ff. de probat. leg. si preces cod. de donat.* De esta presuncion *iuris , & de iure* se hallan varios exemplos en el derecho , como en la ley 34. *cod. ad legem Iuliam de adult. leg. antiquæ cod. ad Velleianum leg. fin. cod. ad Maced. leg. fin. cod. ad. advit. tutel. leg.* 34. §. *Titius ff. de solut. cap. veniens , cap. ad id, cap. is qui fidem de sponsalibus, cap. illis, de desponsf. impub. cap. per tuas, de condit. apposit. cap.* 2. *de restit. spoliat. cum alijs, cum pluribus congestis á Menoch. vbi sup. lib.* 1. *quæst.* 65. *per totam.* Debaxo de esta especie dize *Cantera cap.* 2. *num.* 54. que se deben entender los que llaman indicios indubitados , porque este no es otra cosa , que *demonstratio rei per signa suficientia , per quæ animus iudicis in aliquo , tan quam in propio existente quiescit ; & plus investigare non curat* ; como latamente explica Quevedo de indicios , y tormentos : *cap.* 9. *num.* 1. cuyos exemplos los refieren *Farin. quæst.* 37. *num.* 50. *& quæst.* 52. *num.* 50. y más claramente el señor Gonçalez en las notas á el *cap.* 9. *de accusat. & hæc pro primo membro.*

111. La segunda presuncion, que es *iuris tantum*, es vna probable conjetura nacida, y originada de ciertas señales, que no aviendo otras, que las desvanezcan se consideran ciertas , *& pro veritate habentur, latè Sanchez dict. lib.* 7. *n.* 7. *Simancas de Catholicis tit.* 50. *num.* 6. *Menoch. de præsumpt. lib.* 1. *cap.* 4. *per totum*, lo qual se colige de la *ley licet Imperator ff. de legat.* 1. *leg. si tutor cod. de periculo tutor. leg. quicumque cod. de apochis leg. Quintus ff. de donat. inter cap. super hoc* 35. *quæst.* 2. Esta presuncion de derecho tantum admite probança en contrario , y transfiere la obliga-

O cion

cion de probar lo contrario, en la otra parte: *vt tradit Dominus Amaya in leg. quicumque cod. de apochis num.* 31. *&* 32. Y no probandolo, pro veritate habetur, porque el que tiene la presuncion á su favor, tiene fundada su intencion, donec contrarium probetur: *vt cum leg.* 1. *cod. de privileg. fisci, & leg.* 2. *cod. ne vxor, tenet Dominus Amaya in leg.* 1. *de iure fisci num.* 36. *& probatur ex cap. qui verisimile de probat. leg. non est verisimile. leg. si ita possidetis cod. de probat. leg. generalitèr* 24. §. *ex damnata ff. de fidei comm. liber, & ex leg.* 10. *tit.* 14. *part.* 3. *& ibi Gregor. Lopez*, porque esta presuncion es verosimil, y por esso la ley se funda en ella, *nisi contrarium evi denter appareat*, porque la ley sigue la possibilidad, que induce la verosimilitud, sino se desvanece con otra probança, como el que tuvo el dominio de vna cosa, siempre se presume que le tiene, si no se prueba lo contrario: *leg. in finalib. a lib.* 11. *ff. finium regund.* El q̃ tuvo la possession, siempre se presume que la tuvo: *nisi aliud appareat, ex leg.* 3. §. *in amittenda, ff. de adquirenda possessione, tenet Dominus Amaya in dicta leg.* 1. *n.* 34. Y tãbien como los legados dexados al instituto se presumen dexados al substituto: *leg. licet Imper ator ff. de legat.* 1. con otros muchos similes que juntò el señor Gonçalez *in dict. cap. afferte; num.* 12. *prope finem.* Y assi proviene esta presuncion de aquellas mismas señales que produce el acto, porque faltando ellas, tampoco la ley presume: *textus in cap. sicut*, el 1. *de simonia*, y á esta presuncion le aplica *Cantera vbi sup.* el indicio dubitado, cuya naturaleza admite la prueba en contrario, pero no probandose, no queda dubitado: *sed pro veritate habetur, & hæc pro hac subdistintione.*

112. El segundo miembro de la division, es la presuncion *hominis*, â la qual los Authores la llaman assi, por ser presuncion, que el Juez forma argumento: *ex leg. Nesennius ff. de negot. gest. leg. vtrum* 47. *de donat. inter, & ibi Glos.* Esta presuncion se diferencia de las otras, porque son introducidas por ley, y por derecho, esta solo nace del hecho de sus circunstancias, y qualidad, y assi tan solamente es vn concepto movido del entendimiento, ò causado en el entendimiento, que proviene de alguna eficaz congetura: *vt tenet Menoch. lib.* 1. *quæst.* 5. *ex num.* 15. Y estas mismas palabras scilicét eficaz congetura, es lo mismo que probable congetura, para excluir con ellas, como

dize

dize el mismo Menochio, la sospecha temeraria, que esta nace de vanas, y leves señales, como se prueba en el cap. 7. de San Lucas, quando los Fariséos censuraron á Christo nuestro Señor: *hic si esset Propheta sciret vtique qualis esset mulier, quæ tangit eum, quia peccatrix est,* Porque esta fue vna leve, y vana presuncion, originada de su misma ceguedad, y otras que se ponen en el *cap. 1. 22. quæst. 1. cap. oves 6. quæst. 1. cap. licet de simonìa cap. licet*, §. *in secundo, de sent. excomunicat.* Y assi esta presuncion ha de motivarse de probables congeturas, que resulten del mismo hecho, y esta no es introducida por ninguna ley, ò derecho, porque son varias, y diversas, y no pueden estár prevenidas, como dize la *Glos.* á la *ley vtrum* 47. *ff. de donat. inter*, y las que están prevenidas por la ley, son las que diximos en el numero antecedente, pero estas solo nacẽ de la razõ, y discurso dirigido por las mismas leyes, sino expressamente saltim por similes, *quia quando non datur lex procedimus de similibus ad similia, ex leg. nõ possunt ff. de legib. tenet Menoch. de advitr. casu* 84. aunque *Sarmiento lib. 1. select. cap. 1. ex n. 9.* quiere defender la contraria, diziendo que no ay presunciõ *hominis*, que no sea fundada, ò introducida por la ley, porq̃ faltãdo esta, es juizio temerario. Es sin fundamento esta opinion, y contra la opinion de todos los Authores, y es negar, y privar el discurso probable, y lo que puede la razon discurrir, maximé como llevo dicho, que no puede estár todo prevenido por las leyes; y assi en este punto, y en estas presunciones todos los dexan á el adbitrio del Juez, porque no se puede dar regla fixa en ellas, y estas las que yo considero conjeturas facti, que dizen los Authores, por que resultan del mismo hecho, y circunstancias de la causa.

113. Estas presunciones se consideran de tres modos, ò leves, ò vehementes, ò violentas, *Glos. in cap. oves*, 6. *quæst. 1. verbo suspicio. Glos. in cap. dixt Dominus* 32. *quæst. 1. verbo suspicio*, & *Glos. in cap. excomunicamus*, §. *quia autem*, *de hæret. verbo condemnent*, y se verifica, *in cap. contumatia, de hæret. in 6. Morla in emporio tit. 12. num. 1.* La presuncion leve, es aquella, q̃ vulgo suspicio dicitur, porque nace de leves, y imbeciles conjeturas, como son las que los Authores dizen, que facile contingunt abesse; las vehementes, las que nacen de graves, y fundamentales conjeturas, y estas son de aquellas, que facile contingunt adesse, y no puede desvanecerse con facilidad,

aunque admite probança en contrario; la violenta, es la que nace de vnas precisas, y claras conjeturas, confirmadas por derecho, y estas de aquellas que aunque facilimé, & frequentissimé aliquid contingat adesse, nequeunt dissolvi. Y assi no admiten probança en contrario: *cap. is qui fidem de sponsalib. leg. 1. §. 1. cod. de rei vxor. action. & vt supra retulimus. & cum pluribus Dñs. Gonçalez in cap. litteras 13. de præsumpt.*

114. De donde se infiere, que de estas tres presunciones por las leves no se puede passar á imponer la pena ordinaria, porque por sospechas solo, no se debe determinar, ni condenar á alguno, porque como se aventura la vida de vn hombre fuera temeridad, mas que justicia, por vnos leves indicios passar á imponer vna pena tan acerva como la de muerte, y aunque sea menor; porque á vnos vanos rumores, como suelen ser estas sospechas, no se le ha de dar fé, ni credito, quando tan solo son vnas opiniones inciertas, y en la incertidumbre no se puede fundar el dictamen, porque de esta no puede deducirse la verdad, que es la que se debe preferir en los juyzios, *vt tenent omnes Authores in leg. illicitas §. veritas de officio Præsidis, Dominus Covar. lib. 1. var. cap. 1.* Pero por la vehemente puede, y debe imponerse la pena ordinaria, quando contrarium non probatur, que entonces pro veritate habetur, maximé, quando el Juez en su dictamen quiescit, & amplius investigare non curat, & sumus in delictis dificilis probationis, que con estas circunstancias puede imponerse la pena ordinaria, aũque faltãdo estas, es la opinion de muchos, que no debe imponerse, y si por esta, como dize el señor *Gonçalez in dicto cap. litter. num. 9.* se puede imponer la pena ordinaria á fortiori se deberá imponer por la violenta, que es la superior, y en la qual el Juez no tiene advitrio, y como dize *Pedro Barbos. in leg. 2. ff. soluto matrim. num. 90.* debe el Juez con ella repeler qualquier duda, y passar á la sentencia.

115. Supuestas estas doctrinas no obstan los fundamentos de vna, y otra opinion, en quanto á el primero de la *ley absentem ff. de pœnis* por que este texto solo habla en presunciones leves, que lo dán á entender sus mismas palabras: *sed nec suspitionibus iudicandum*, porque *suspitio est, quæ ex levibus signis insurgit, vt dixi num. præcedenti, & ex his nemo venit damnandus,* imo potius debe ser absuelto, *vt tenet Barbos. in leg. 2. ff. soluto*

ma-

matrim. num. 79. Sarmien. lib. 1. select. cap. 1. & lib. 7. cap. 7. per totum, Dominus Gonçalez in dicto cap. litteras 13. num. 10. pero no por esto se deduce desta ley, que siempre que huviere indicios no se puede imponer la pena ordinaria, porque (como dize el mismo Barbosa) si los ay *potest sequi condemnatio*, assi no obsta este primer fundamento.

116. Ni el segundo fundamento deducido de la ley *qui sententiam, cod. de pœnis*, con el *cap. nos in quemquam 2. quæst. 1.* porque confessando la doctrina de estos textos, es cierto, que no se puede passar á imponer la pena ordinaria, sino es en el convicto, ò confiesso; *& est de mente omnium, & tenet Sarmiento dicto lib. 7. cap. 7.* porque convicto se debe entender, ò por testigos, ò por indicios; pues como se lleva dicho, y despues diré, los indicios hazen plena probança, talitér que convencido cō ellos como con legitima probança, *in eum Iudex animadvertit Dominus Gonçalez in dicto cap. litteras num. 10.* Esto expressamente lo denota la *ley 2. ff. quorum appellat. argumentis convictus testibus superatus*; de donde, para que se considere convicto, ò han de ser indicios, ò testigos, porque vna, y otra probança se equipara: *vt latè Matheu controv. 2. ex num. 42.* Y assi no obsta este fundamento.

117. Ni el tercer fundamento deducido de el *cap. afferte*, porque aunque es cierto que alli no se le impuso á la muger la pena de la ley *Flabia de plagiarijs* no por esso prueba la opinion contraria, y omitiendo la primera solucion del señor *Gonçalez vbi sup.* que no se sabe lo que sucediò despues de la restitucion del hijo, porq esto es á divinar; antes este mismo texo com prueba la opinion, pues del mismo indicio naciò la sentencia en lo que se pedia, porque la madre egit civilitér á la restitucion del hijo non egit criminalitér, y aunque constase en la causa incidentemente de la criminalidad, no puede seguirse la pena: *ex cap. 2. de confessis cap. 1. de exceptionib. leg. lucius, de his, qui notant infam.* porque la sentencia debe ser segun lo pedido, *leg. vt fundus comm. divid. cap. qualitèr 2. de accusat. cap. licét, de simonia*, y si se passára á imponer la pena de la lel *Flabia*, *vltra mentem, & intentionem actoris sequæretur condemnatio*, contra la ley *non omnis 19. ff. de rebus credit. cap. fin. de iure iurando in 6.* y como en este caso civilitér agebat mulier, no pudo criminalitér

iudicari, porque la probança hecha en la causa civil, no aprovecha en la causa criminal: *Glos. in leg. si quis á se cod. ad leg. Iuliam de vi Egidio, Bossio tit. de convinctis num. 19. Dominus Gonçalez in cap. 2. de confesis num. 5. & in cap. litteras de præsumpt. num. 10. Barbos. in dicta leg. 2. ff. soluto matrim. num. 83. Sarmien. lib. 1. selectarum cap. 1. ex num. 8.* aunque no tiene duda, que si la madre, que in iudicio obtinuit, despues intentara la accion criminal de la ley Flabia, cõseguiria el castigo de la otra, porque este texto es en terminos de vna presuncion violenta, y en vn delito oculto, y de dificultosa prabança, ó en estos terminos basta la presuncion para la pena corporal: *vt latè tradit ipse Barbos. vbi sup. num. 83.* Y assi no se opone antes corrobora la opinion afirmativa.

118. Menos obsta *el cap. 27. de testib.* donde además de la presuncion violenta requiere el Pontifice otros adminiculos, porque en este texto no habla el Pontifice de la presuncion violenta, que nace del hecho, ò del derecho, sino es llama presuncion violenta á la que se originò de la fama publica, como lo dize el mismo texto *præsumptionem violentam fama subministret*, porque esta presuncion que se induce de la fama, non potest dici violenta, ni haze plena probança como las otras, maximé in criminalibus: *ex textu in leg. 3. §. eiusdem ff. de testib.* y por esso requiere otros adminiculos: *ac alia legitima adminicula suffragentur*, para que conjuntos con la fama publica hagan plena probança, por que si fuera presuncion de hecho, ò de derecho, la haze plena, *vt præter supra relatos tenent Barbos. & Dominus Gonçalez*, disolviendo esta objecion, deducida deste texto, que en nada se opone, antes confirma la opinion afirmativa: ex vltimis verbis *motus animi sui ex argumentis*, &c.

119. A el *cap. inter solicitudines de purgat. canon.* se responde con la misma razon, que á el antecedente, que la presuncion naciò de la fama (*fama publica deferente*) y assi no es violenta, además que en este texto no habla el Pontifice de presuncion, sino es de sospecha, que por esta aunque vehemente, no se puede passar á imponer la pena ordinaria, y assi dize el texto: *vehementem suspitionem ex dictis testium obortam*, y assi mitius punitur, por el escandalo: *atendentes autem vulgatam infamiam, grave scandalũ*; pero desto no resulta presuncion violenta, para imponer

ner la pena ordinaria, que si la huviera debia imponerse, y se impusiera: *ita Dominus Gonçalez vbi sup. Sarmiento in dicto cap. 1.* Y del mismo modo se interpreta el fundamento del *cap. insinuatum*, y el *cap. tua nos, de simonia*, y assi no obstan á nuestra opinion.

120. A el fundamento deducido de la ley *divus ff. ad leg. Pompei. de parr.* en donde no se impuso la pena ordinaria á el padre, por aver muerto á el hijo, sino es la extraordinaria de destierro; es tan vrgente esta dificultad, que para su solucion discurrieron variamente los Authores, vnos dizen, que el padre pudo matar á el hijo, porque in fraganti le aprehendiò en el adulterio, que entonces las leyes les permiten el matarlo, *vt tenet Dominus Covar. in 2. part. æpitom. decret. §. 7. num. 1. Vela de delictis cap. 1. num. 32.* y assi por la *ley marito 24. ff. ad legem Iuliam de adulteris*, podia, sin temor de alguna pena, matar á el adultero, como fuesse hombre de baxa esfera; y si era de otra condicion, ò esfera, se castigaba con pena muy leve *ex leg. si adulterium §. Imperator ff. eod m, leg. Gracchus 4. cod. eodem, vt tenet Anton. Gom. in leg. 80. tauri num. 51. Caballo casu 300. num. 5. Giurb. consej. 86. ex num. 5. Farin. quæst. 121. num. 63.* y con otros muchos *D. Lorenço Matheu controv. 11. ex num. 8. cum sequent.* Y esto mismo se prueba por las leyes de nuestro Reyno; *ex leg. 1. tit. 7. lib. 4. del fuero, tenet Montalvus in leg. 7. eodem tit. & lib. 8. & ex leg. 14. tit. 17. part. 7. & ex leg. 80. 81. & 82. de toro, & ex leg. 3. tit. 20. lib. 8. recop. & tenet Cantera quæst. crim. cap. 4. ex num. 42.* Con que aviendo sido in fraganti pudo matarlo, & ideo fue castigado con pena extraordinaria, no con la ordinaria, y assi parece que no podia obstar este argumento; esta solucion, nó puede, ni debe admitirse porque contiene en si vna inverosimilitud nacida de la misma ley, porq aunque son ciertas, y evidentes las doctrinas referidas, no se pueden adaptar á este texto, porque no fue el homicicidio por averlo aprehendido in fraganti, pues como consta del texto, fue executado in venatione, *vt ait ispe textus, cum in venatione filium suum quidam necaverat*, Y no es probable, que en vn tiempo como el de vna monteria, donde suele concurrir tanta gente se cometiesse el adulterio, para que in fragnnti fuesse el hijo aprehendido, y muerto, como dize *Anton. Gomez in dicta leg. 80. num. 59. Tiber. Decian. lib. 9. cap. 8. num. 11.* Y assi no puede admitirse esta interpretacion.

2 121. Mas

121. Mas concluyente, y corroborante de la opinion afirmativa era la de Solorçano en ſu tratado de parricidio *cap. 9.* donde dize, que el padre fue caſtigado con la pena ordinari de el delito, pues fue caſtigado con la de la *ley Cornelia de ſicarijs*, que era la que le correſpondia, la qual en los nobles era la relegacion *ex leg. 3. §. legis & leg. qui cædem ff. ad leg. Cor. de ſicar.* porque el padre no eſtava comprehendido en la pena de parricida, que eſta ſolo comprenhendia á los deſcendientes q̃ mataban á los aſcendientes, no á los aſcendientes, que mataban á los deſcendientes, ò tranſverſales, porque aunque ſe dezia que cometieron parricidio, no ſe caſtigaban con la pena legal, *vt probatur in leg. 1. ff. ad leg. Pompei. de parricidi. vt ea pæna teneatur, quæ eſt legis Cornel. de ſicarijs.* Con que Divo Adriano en eſte texto le puſo la pena ordinaria del delito, ſin atender otra circunſtancia, ò qualidad, y aſſi antes parece que prueba nueſtra opinion, y que no ſe opone á ella: pudiera admitirſe eſta opinion ſi tuviera tanto de fundamental, como tiene de ſutil, y ingenioſa, porq̃ eſta ſoluciõ es divinatoria, pues ceſſando la poteſtad del padre en la juriſdicion de los hijos que tenian por la ley *in ſuis 11. ff. de liber. & poſthum.* que no ſolo podian venderlos, ſino matarlos, conſiderando eſta poteſtad, mas barbaridad immane, que politico dominio, ſe moderò dexãdo la enmendacion neceſſaria *ex leg. 3. cod. de patr. poteſtat. leg. vnica, cod. de emmendatio propinq. leg. 8. & 9. tit. 8. part. 6. & cum plurib. tenet Menoch. de advitrar. caſ. 364. Pedro Fabro in ſemeſt. lib. 3. cap. 16. Solorçano vbi ſup. cap. 8.* ſin que ſe excedieſſe á la atrocidad porque como dize el texto *in leg. 5. ff. leg. Pompei. de parricidio*, la patria poteſtad, in pietate, non in atrocitate conſiſtit. Y aſſi aviendo faltado eſta poteſtad, incurre en la pena de parrcida igualmente: *§. alia deindè inſtit. de publicis iudic. leg. 12. tit. 17. part. 7. Tiber. Decian. lib. 9. cap. 8. per totum*; ſin la ſeparacion, que dize Solorçano, por que ſi la huviera de aver, y no fuera comprehendido en ella el padre, no ſe huviera pueſto eſte texto debaxo de la rubrica del parricidio, ſino es en la de la ley Cornelia *de ſicarijs*, como dize *D. Lorenço Matheu controv. 12. num. 10.* Y para que pudieſſe eſta ſolucion ſubſiſtir, es meneſter el computo de los tiempos, quod deficilimum eſt, y aſſi no ſatisface.

122. No pudiendo admitirſe eſtas ſoluciones, por las

razo-

razones dichas, parece á mi corto discurso, que estamos en terminos claros del derecho, porque la probança resulta de vna presuncion, que es la que se origina del adulterio; contra esta presuncion ay otras á favor del reo, mas vrgentes, y que pueden desvanecer el dolo, y quando nos hallamos en concurrencia de presunciones, hemos de atender á las exclusivas *ex leg. merito ff. pro socio, leg. fin. quod metus causa*, porque siempre debe admitirse las que favorecen á el reo: *vt tenet Farin. quæst. 125. num. 181. Menoch. de advitr. casu 90. & casu 516. num. 1. Guacino defens. 29. cap. 2. per tot. Matheu controvers. 22. num. 23.* y las que fueren mas vrgentes deben prevalecer: *Farin. dict. quæst. 125. num. 480.* Con que hallandose en este texto la presuncion contra el padre en la muerte del hijo, para excluir el dolo se halla con dos vrgentissimas, y violentas.

123. La primera natural, que es la que nace del amor del padre á el hijo, que este es intenso, vehementissimo, y incomparable: *leg nam, & si parentibus ff. de in offic. testam. leg. vltim. cod. de curator. furios. leg. quidam de hæredib. instituend. leg. Paula, §. Pomponius ff. de leg. 3. leg. 4. tit. 27. part. 4. leg. 11. tit. 7. leg. 4. tit. 13. part. 6. tenet Paschalis de virib. patriæ potestat. part. 3. cap. 1. circa quod plura congesit Tiraquello in leg. si vnquam in princip. ex num. 1. vsque ad 37. Senec. lib. 3. de benef. cap. 2. & de clement. cap. 14. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumt. 14. & elegantèr lib. 6. præsumpt. 56. per totam.* Y el principal conato de los padres, es el cuydado de los hijos: *vt ait Virgilius lib. 1. Æneidos:*

Omnis in Ascanio chari stat cura parentis.

Y assi todos los Authores les llaman á los hijos *viscera parentum, & constat ex leg. 1. §. 1. ff. de ventre inspiciendo*, y assi se pondera vn entrañable amor, como lo denota San Pedro Damiano *lib. 5. epist. 7. Vos autem dilectissima membra mea, viscera animæ meæ*, San Bernardo *epist. 1. ad Robertum. Non possum oblivisci viscera mea*, y mas claro en la *epist. 108. Non secus fero; fateor, adversionem tuam, quam evisceratione meam, & paterno te complector affectu.* Y assi prorrumpiò Ovidio *lib. 8. Metamorph.*

Rogus iste cremet mea viscera dixit.

Q *Illustrat*

Illustrat hoc Merillus lib. 3. *obs. cap.* 4. Y es tanto el amor, paterral, que aun aman los hijos mas que á si mismos, como dize *Latino Pacato, in panegirico theod. quod ita insti tuente natura plus fere filios nostros, quam nos metipsos diligamus.* Y *Tertuliano adversus Marcion. quis enim non magis filiorum suorum salutem, quam suam curat?* Y assi en el derecho, *pro vna eademque persona reputantur: leg. lis ff. de iudicijs leg. in suis* 11. *de liberi. & posthum.* Y por esta razon, aun despues de la muerte del padre, dizen que se continua el dominio, que viviendo el padre estuvo sopito en el hijo, por la connexion tan natural de padre, y hijo, y esto le de á entender Dido á Eneas, quando le culpa la ausencia: *vt ait Ovidio epistola* 13.

Forsitán, & gravidam, Dido, scelerate relinquis
Parsque tui latitat corpori clausa meo.

Manifestando esta vnion; y la sucession, y condominio elegantemente Ausonio.

Iusta quidem series patri succedere, verum
Esse simul dominos gratior ordo pijs.

Y falta el absoluto consuelo de los padres en la muerte de los hijos, y assi dixo Menandro referido por Solorçano *vbi sup. O filij quantum estis philtrum humanæ mentis*: y Terentio:

Nec fas est me vlla voluptate perfui
Nisi vbi huc ille salvus venerit
Meus particeps.

Y pondera Quintiliano en la declamación 6. este dolor que dize que aun es mas que el morir; *O quã grave est mori! quanto gravius quod ego vivo superstes filij mei*, con que para executar la muerte de el hijo, era necessario vna causa eficacissima, y muy vrgente, que no pudiesse refrenar el padre el sentimiento.

124. Esta naciò del adulterio que el hijo cometia con la madrasta, porque consideradas las circustancias era ofensa gravissima para el padre ofendido en el amor, y en el honor; en el amor, porque ya se vé quanto es el del marido con la muger, y assi â el contrario, pues se consideran vnó solo, *vt ditur*

Ge-

Genes. cap. 2. & Matheu. cap. 19. & erunt duo in carne vna: excediendo el amor conjugal á quantos pueden ponderarse, como consta del Sagrado texto: *propter hanc relinquet homo patrem suum, & matrem suam, & adhærebit vxori suæ.* Y en lo humano lo ponderò con elegancia Propertio *lib.* 4. quando dixo:

Omnis amor magnus, sed aperte in coniuge maior.

Y siendo tanto el amor de los hijos, como diximos en el numero antecedente, aun es más el de los casados, como doctissimamente dixo Bartolo *in leg. pater severinam §. socrus de condit. & demonstrat. coniuges se in vicem plus diligere, quã propios filios.* Por esto dixo Juan Nevizano *in silva nupt. lib.* 3. *num.* 13. *Brisonio de ritu nupt. part.* 3. que se manifestava en anillo que les ponen, porque considerado el circulo que forma es infinito, y assi es infinito el amor q̃ debe aver en los casados, y atendiendo á este amor, y reciproca vnion, eran participes *Divinæ, & humanæ domus, sacrorum, etiam, atque fortunarum omnium, leg. 1. ff. de ritu nuptiarum, leg. adversus cod. de crimine, expilatæ hæreditatis, leg. 1. ff. rerum amot. tenet Solorçano vbi sup. cap. 13. Tiber. Decian. lib. 9. cap. 10. per totum,* admirables palabras las de *Quintiliano declamat. 6.* donde consolando á la que lloraba por el marido, y vn hijo, aviendo buelto el marido le dize; *filium, & virum habere non poteras, reddidi tibi quem magis amabas; siste iam lachrymas maritum reducem, et incolumem accipe;* que tanto es el amorque se debe tener el vno á el otro, que vence otro qualquier linage de amor, y assi ofendido el amor que dessea la correspondencia, causa el justo dolor que es impossible, ò dificultoso vencerlo: *ex leg. si adulterium §. Imperator. ff. ad leg. Iul. de adult. cum sit dificilimum iustum dolorem temperare.*

125. La otra circunstancia, es la ofensa en la pérdida del honor, que este con el adalterio queda vulnerado, porque el honor consiste en la castidad, y virtud de la muger, y faltando esta se macúla el credito, y de ella misma resulta el agravio, y la infamia, como dize latissimamente *Tiraquello de legib. connubialib. leg. 1. num.* 46. Y esto lo dá á entender evidentemente la rubrica del *tit. 17. part. 7.* donde dize: *vno de los mayores yerros que los omes pueden facer, es el adulterio, de que no se les levanca*

ta solamente daño, mas aun deshonra, y mas claramente la *ley* 1. *eodem tit. & part.* en aquellas palabras: *la otra, porque del adulterio que face su muger con otro, finca el marido deshonrado*; y Gregorio Lopez, en esta misma ley en la Glossa. 5. toca esta materia; Y este es el mayor sentimiento, porque es lo mas instimable el honor, de tal suerte, que aun es mas apeticible la muerte, que la pérdida del credito, como le aconsejò Lezena á su hijo, mirandolo desacreditado: *malus rumor de te sparsus est, aut hunc dilue, aut ne sis; tenet Anaxarco in apoteg. Philos. verb. perseverantia*; Y assi dixo *Seneca* 1. *controv. cap.* 6. que en tanto se tenia estimacion, en quanto permanecia el credito: *hunc sumus stimandi, cum sumus nos nostri*: ò adquiriendolo, ó manteniendolo: confirma esto aquella magnanima peticion de Guatimozin, Emperador Mexicano, que aviendo sido aprisionado, y privado del Reyno, solo atendiò á el decoro de su muger, como vassa, y fundamento de su amor, y de su honor, y assi dixo: *yo soy tu prisionero, y quiero ir donde me puedes llevar, solo te pido que atiendas á el decoro de la Emperatriz, y de sus criadas: Solis Hist. de la nueva España, lib.* 5. *cap.* 25. Y este es punto tan dilatado, que fuera inacessible el proseguirlo, y assi ofendido en el honor movido del justo dolor executò el homicidio, circunstancias que revelan el hecho, para la pena, admirable lugar el de Cassiodoro para este intento en el *lib.* 1. *epist.* 37. *Quis ferat hominem ad leges trahere, qui matrimonij missus est iura violare? feris insitum est copulam suam extrema decertatione defendere. Dum omnibus animantibus est inimicum, quod naturali lege damnatur, videmus tauros fæminas suas cornuali concertatione defendere: arietes pro suis ovibus capitaliter insanire: equos adiunctas sibi fæminas colaphis, & morsibus vindicare: ita pro copulato sibi animas ponunt, qui verecundia non moventur.* (y despues de estos exemplos) *Homo autem quomodo patiatur in ultum relinquere adulterium, quod ad æternum secum decus cognoscitur commisisse*? cuyas palabras bastan para el cabal desempeño de mi intento, y assi con el intenso dolor de su injuria releva la pena por la causa, que es la que se atiende, para aumentarla, ò minorarla: *ex leg. aut facta* §. 1. *ff. de pænis*, porque comprimido con el justo dolor, no está en su caval juyzio, ni en la plenitud de razon para la deliberacion: *leg. qui cum maior* §. *libertus, ff. de bonis libertorum cap. olim de restit. spoliat. cap. signi-*

fi-

ficasti de pænit. & remissio. Ant. Gom. en la ley 80. *de toro num.* 58. & 59. *Cavallo cas.* 154. *num.* 19. *cum pluribus congestis à Matheu de regimin. cap.* 8. §. 8. *num.* 62. & *sequenti*, ni *Farin.* que con eficacia defendiò la opinion contraria en la *quæst.* 121. pudo negar esta razon, para mitigar la pena, y assi en el *num.* 118. prorrumpe (poniendo las opiniones) *quid dicendum? res apud me valde dubia, nam pro mitigatione pænæ causa honoris, & iustus dolor, qui semper cor premit multum stringit.* Porque como no se puede vencer, y privar de la razon es exclusivo del dolo, y hablando Juvenál deste dolor, dixo en la satir. 10.

Exigit iste dolor plus quam lex vlla dolori,
concessit.

Con que por esta razon se debe mitigar la pena, como dize la ley *Gracchus, cod. ad leg. Iul. de adult. quia nox, & dolor iustus factum eius relevant, potest in exilium dari*; y por estas razones en la ley *Divus Adrian.* no se le impone la pena ordinaria de parricida, sino es la de destierro, aunque como dize Matheu *controv.* 11. faltando el adulterio, que es el que produxo el efecto exclusivo, se castigaria con la pena ordinaria de parricida: *ex leg. pæna parricidij* 9. *ff. ad leg. Pompei, de parric.* Y assi no obsta este texto, porque por el indicio se probò el delito, pero dél mismo nacieron los otros exclusivos, y mas vrgentes, para temperar la pena, vt etiam dictum manet.

126. Menos obsta lo que diximos, que las leyes en quanto pueden derogan la pena ordinaria, porque miran á la conservacion de las individuos, y confessando estas doctrinas, como las leyes miran la conservacion de los individuos, es con los tres preceptos honesté viviere, alterum non lædere, ius suum cuique tribuere, y para conservarlos en aquella integridad es menester limpiar, y purgar la republica de los viciosos, como peste de ella, porque con su contagio no la inficionen, y assi lo dixo la ley *congruit* 13. *de oficio Presid. congruit bono, & gravi Præsidi curare, vt pacata, atque quieta Provincia sit, quam regit, non dificilime obtinebit, si solicite agat, vt malis hominibus Provincia careat, eosque conquirat nam sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit in eum animadvertere.* Y

assi lo enseña la ley 2. *tit.* 10. *part.* 3. *E ataje los malos del Reyno, con la espada de la justicia, è arranque los tortizeros echandolos de la tierra, porque non fagan daño en ella.* Permitaseme, aunque me dilate, trasladar vnas palras de Casiodoro, *lib.* 12. *epist.* 5. que por lo elegante se les debe el aprecio: *sit iudicibus vigor ex legibus sub sellia non desinant, iura malis moribus intonare timeat latro iudicium, quod semper expavit, adulter gremium iudicis intremiscat, falsarius vocem præconis exhorreat fur, fora non rideat, quia tunc libertas gaudet si talia non lætentur. Nullus opprimat indigentem, invadite pervassores, insequimini persequentes.* Y aunque estos sean partes del cuerpo de la Republica, como miembros dañados deben cortarse, no inficionen todo el cuerpo, como con estas mismas palabras lo denota el Padre Marquez, en su Governador Christiano: *lib.* 2. *cap.* 17. porque no puede estár el cuerpo bueno con algun miembro dañado, y assi es preciso el remedio que dixo Tertuliano *lib. de pænit. cap.* 10. *non potest corpus de vnius membri vexatione lætum agere, condolet vniversum, & ad remedium collaborare necesse est*; y assi el supremo Juez, y Tribunal superior, como politico Medico ha de aplicar el remedio, ò curando, ò cortando, segun la qualidad del achaque, como dize Natal Comite *lib.* 14. *Hist. nam profecto gravibus erroribus gravia suplicia conveniunt, levibus levia; nam sicut gravissimis, molestissimis morbis levissima pharmaca non conveniunt, quod ea magis irritent, quam mitigent vim morbi, sic levia suplicia si gravissimis sceleribus iniungantur, fit impunitas quædam, & quasi licentia ad eadem flagitia cum cœlestos faciant cautiores, & non timidiores, &c.* Y assi conforme fuere el delito se ha de conmensurar la pena segun la ley *respiciendum, ff. de pænis, & leg. pen. eodem*, y assi mas conviene á la conservacion de la Republica, el sacar della estos facinerosos, que la conservacion de vn individuo que puede ser sin el castigo el daño de toda ella, y de los buenos, como dixo Pithagoras: *Qui malos non puniunt, velle videtur iniuriam bonis inferre. Salustio: Ne ignoscendo malis bonos perditum eamus.* Y *San Ambrosio in lib.* 2. *de parad. Ne nocentes absolvendo innocentes tradamus.* Y es tan vtil este rigor contra ellos, que dixo el mismo *San Ambrosio vbi impius interficitur Christus infunditur, vbi abominatio aboletur, santificatio consecratur.* Y assi siendo este el principal vtil de la Republica, y el fin de las leyes no obsta este argumento.

127. Mu-

127. Mucho menos se opone, que por los indicios puede el Juez padecer equivocacion, ò errarse porque lo mismo puede ser por la prueba de testigos, ò confession del reo, porque, ò los vnos pueden ser sobornados, ò jurar falso, y el otro en su confession puede negar la verdad: *ex leg. 1. ff. de quæst.* pero el indicio verificado in suo genere no puede faltar, como dize el Padre Marquez *vbi sup. lib. 2. cap. 17.* y assi dize Basilico *decis. 1. n. 28.* que se debe juzgar segun el indicio que parece que manifiesta la verdad, creyendolá por tal de la misma presuncion, porque no solo (dize *Navar. de pænit. distinct. 7. num. 18. in tom. 1.*) es cierto lo que se sabe, sino es lo que se creé, y lo que credi debet á prudenti viro. Porque lo demás para la evidencia, solo á Dios como á summa Sabiduria, y inmenso conocimiento, se atribuye; como quien conoce los corazones, y mas ocultos senos de todo lo criado: *vt ait cap. consuluisti 20. 2. quæst. 5.* y eruditamente *Basilico vbi supra num. 18.* Y assi no tiene fuerça este argumento; que desvanecido se desvanece, el que hazen de si es acto dudoso, que siendo cierto, que en la duda se debe atender â lo mas favorable: *ex leg. pen. ff. de pænis* no constituyendose el acto dudoso, pues por la probança de indicios se certifica, con tal que el Juez haga dictamen, cessa la duda, y cessando, secundum leges debet iudicare, y assi cessa tambien el argumento.

128. Vltimamente no obsta el argumento de la ley 26. *tit. 1. part. 7.* porque este texto no dize, que no se puede castigar por indicios, ni los excluye porque solo dize, que concurriendo la fama con algunas presuncioes, se puede dar tormento, no siendo las presunciones de las vehementes, ò violentas; que entonces se deberá passar á imponer la pena correspondiente á el delito, porque siendo esta ley trasladad ade la ley *sciant cuncti*, en donde bastan los indicios, no los ha de excluir para la probança, siendo de derecho. Ni obsta la ley 16. *tit. 23. part. 3.* porque para negar la apelacion, basta que el reo esté convicto, ò por indicios, ò por testigos, porque esta ley tambien es concordante de la ley *observare 2. cod. quorum appellat.* y el convicto *argumentis convictus; testibus superatus.* Y assi dize la Glossa á esta misma ley *convincendo reum tres modi, argumenti, testes, & confessio*; y este punto lo tocò latissimamente Don Lorenço Matheu en la *controv. 2. num. 42.* donde lo juntò todo, y asi no obstan

estos fundamentos aducidos por esta primera opinion.

129. Aunque con alguna mas probabilidad pueden defenderse los fundamentos de la opinion media, que son los que se han referido en su comprobacion, no pueden subsistir, ni obstan á nuestra opinion afirmativa, porque á el *cap. litteras* 13. *de præsump. dupliciter potest responderi*, ò como responde, y satisface *Barbos. in dict. lege, num.* 84. diziendo que en este texto solo se dá vna presuncion vehemente, que siendo sola no basta para imponer la pena ordinaria, porque quando la probança es por conjeturas, no basta vna, que se requieren mas para la plena probança: *ex leg. milites*, §. *oportet*, *cod. de quæstion.* Aunque es cierto que si la presuncion es tan vrgente, que manifiesta el hecho, basta para imponer la pena ordinaria, *vt ait ipse vbi supra* mas concluyente es la del señor Gonçalez *in dicto cap. litteras, num.* 10. donde dize, que en este texto *Innocentio* III. no habla de presunciones violentas, y yo digo que ni de presunciones vehementes, porque solo habla de sospechas, que non ex magnis, sed ex levibus signis, & coniecturis oriuntur; y assi aunque sean vehementes, como solo son sospechas, por ellas no se puede imponer la pena ordinaria, *vt dixi supra*, y assi lo dá á entender el texto *propter solam suspitionem, quamvis vehementem nollumus illum de tan gravi crimine condemnari.* Y aunque es verdad que aqui se le castigò puede ser, ò por el mendacio contra el tercero en que le calumniaba de herege, *tum, quia mendatium prius dixit in fratrem asserendo illum hæreticum*, ò por razon del perjuro, porque despues se retrató, *vel periurium postea commisit in Deum purgando illum de hæresi.*

130. Otra razon discurria yo en este texto para la pena deducida dél mismo, y de la Glossa, que en él el Pontifice no le impuso la pena por castigo, sino para experiencia, porque como este avia sido cõverso á la fé, y despues se originò la sospecha de si era relapso, para aclararlo le impone la penitencia, y assi dize el texto: *discretam pænitentiam ei iniungentes, ex qua valeat apparere, vtrum in tenebris ambulet, an in luce, vtrum sit vere pænitens, an fictè conversus*, y las palabrrs siguientes lo denotã mas claramente, *& si eum hoc modo verum Catholicum cognoveritis, non sinatis ipsum indebite molestari alioquim eum tanquam hæreticum condemnetis. Quod etiam ait Glossa in fin. princip.* Y assi no obsta

este

este texto, porque no resulta presuncion vehemente, ò violènta de su especie.

131. Ni tampoco obsta el texto en la ley *Divus Adrianus*, de quien tan latamente hemos hablado desde el *num.* 120. hasta el 126. porque aunque es verdad que en él se le impuso la pena extraordinaria, *scilicèt eum in Insulam deportasse*, como en la ley *Gracchus potest in exilium dari*, fue por la causal de el adulterio, vt supra diximus; no por el defecto de probança, que esta era concluyente, faltando la exepcion, pero impusosele la pena extraordinaria, por el exceso, porque excediò en el modo, como dize el mismo texto: *quia latronis magis, quam patris iure eum interfecit*, *vt tenet Cavallo casu* 15. *num.* 9. *Pichardo in* §. *alia deindè lex*, *num.* 5. *instit. de public. iudicijs*, *Matheu controv.* 12. *num.* 9. y assi no obsta.

132. Ni el *cap. inter solicitudines de purgat. canon.* á cuyas decissiones respondi en el *num.* 119. porque aunque alli el Clerigo fue castigado con pena extraordinaria, no fue por el delito principal de que fue absuelto, sino es por el otro de la comunicacion con el herege, de que por si era digno de pena, *vt tenet Dñs Gonçalez in cap. litteras de præsumpt. num.* 10. *in fin. Sarmiento lib.* 1. *select. cap.* 1. *num* 10. Y assi no obsta este texto juntando esta solucion con lo que queda dicho en el numero 119. y del mismo modo se debe, y puede responder á los capitulos *tuanos*, *cap. insinuatum*, *cap. de hoc de simonia*, que en ellos no se habla de presuncion vehemente, ò violenta, sino es de la que resultaba de la fama, y assi extraordinariè fuerunt puniti. Juntos con el *cap. accedens* §. *si verò de accusat.* el *cap. significasti de adulterijs*, y el *cap. contumacia, de hæreticis in* 6. aducidos en el *num.* 94. que todos hablan en terminos de presunciones leves, nacidas de la fama, y assi no se les pudo imponer la pena ordinaria, sino es la extraordinaria; lo qual no fuera, si huviera presuncion vehemente, ò violenta.

133. A el vltimo fundamento desta opinion que dixe en el numero 95. deducido de la distincion de probanças, para la distincion de penas, se responde, negando que no ay diferencia en ellas, porque aunque es evidente, que las presunciones no son propiamente probança: *ex leg. Lucius ff. de condit. & demonstrat.* pero suceden en el lugar de la probança; esto es en

S la

la de testigos; y transfieren la obligacion de probar lo contrario en el adversario. *Cap. qui verisimile, leg. non est verisimile, leg. si ita posidetis, cod. de probationib.* Y puesta en el lugar de la probança, siendo vehementes, ò violentas la hazen plena, y cierta: *leg. Imperat. ff. de probat. leg. pen. ff. de his qui sunt sui, vel alien. leg. 1. §. debebit ff. de lib. agnosc. cap. 1. cap. laudabilem de frigid. & malefi.* la hazen evidente *leg. Imperat. ff. de legat. 1. leg. quidam testamento ff. de vulgar.* la hazen manifiesta *leg. non alitèr, ff. de leg. 3. leg. si tutor, cod. de pericu. tutor.* la hazen mas clara que la luz, *leg. fin. cod. de probat.* apertissima *leg. si quis locuples, ff. de manu misso testam.* indubitable: *latè Dominus Covar. lib. 2. var. cap. 6. Molina de primogenij. lib. 4. cap. 4. num. 40. Farin. quæst. 36. per totam.* Con que no pudiendosele dar mas eficacia á las otras probanças, que la que esta tiene, pues es evidēte, manifiesta, cierta, clara, y indubitable, cesa la razō de la distincion para la minoracion de la pena, y assi por indicios, y presunciones, como sean vehementes, no probandose lo contrario, ò violentas, q̄ no la admiten, se debe imponer la pena ordinaria, y para cerrar este discurso ha de ser cō el lugar del *Padre Marquez, suprà citado*; donde dize, que ay algunos que discurren, que nunca se puede tener por convicto el reo, sino es con dos testigos de vista, y que es error, porque siempre que huviere indicios del linage que llevo dicho, se debe castigar con la pena ordinaria, porque (como dize el mismo) la probança del indicio, es indefectible; y siendo violento, ò vehemente, mas que testigos, ò confession del reo, que estos pueden declinar, y apartarse de lo cierto, pero estos no pueden, quando convencen, y assi dixo San Juan Chrysostomo *hom. 2. de David, & Saùle* que era el indicio, *mutus quidem testis, sed omnibus vocem habentibus evidentior*; y assi no ay duda para por ellos imponer la pena ordinaria, quedando satisfechos los fundamentos de vna, y otra opion; y confirmada por evidente la afirmativa.

134. Supuestas estas doctrinas, los indicios que resultan del hecho desta causa, son vrgentissimos. El primero es los tres eslabones de vna de las Lamparas de plata de la Hermita, que se hallò el mudo, criado de Don Gaspár de Yelbes, en el estáblo de la casa, que aviendolos mostrado á el Don Gaspár, los arrojò, como dando à entender no eran cosa de valor; cuyo indicio se

com-

comprueba con la milagrosa declaracion del mismo mudo, manifestando por señas, y dando á entender con demonstraciones, lo que no pudo declarar con vozes; este mismo indicio está comprobado con la declaracion de la otra muger, que despues de la fuga de Don Gaspár de Yelbes, se mudò á la casa en que vivia, y en ella hallò otro eslabon de las mismas Lamparas.

135. El segundo indicio se deduce del dicho de la criada de Don Gaspár de Yelbes, pues dize, que aquella noche que vino despues de la ausencia, que fue por el tiempo que se cometiò el hurto; traía vn bulto en los calçones, en forma de candelero, y con vna assilla por arriba, de que se saca ser el sombrerillo de vna de las Lamparas.

136. El tercero indicio se deduce de la deposicion de otra criada del dicho Don Gaspár de Yelbes, que despues de cometido el hurto, y fulminada la causa, estando para hazer ausencia el dicho Don Gaspár, Doña Antonia Falcòn su muger, en presencia de la testigo, desenterrò ocho barras de plata, y que las entregò á su marido. Corroborado este con la deposicion del soldado, que fue, por orden de Don Gaspár de Yelbes, y comprò vna olla Zamorana de barro blanco, en la qual se dize que fundiò la plata, en casa del Herrero de aquella Villa, en cuya casa lo vieron dos testigos, vno soplando con los fuelles, y el otro que fue á llevar vino, de orden del dicho Don Gaspár, con que juntando estas circunstancias, se evidencia la fundicion de la plata del hurto de la Hermita, pues la olla Zamorana sō los crisoles que vsan los Plateros para las fundiciones, y la assistencia en la fragua, y cerrados, y solos lo manifiestan.

137. El quarto indicio se deduce del barretonçillo de plata que se aprehendiò entre los colchones de la cama de la muger de Don Gaspár, del qual dize Salvador de Baéza, Maestro de Platero, vezino de esta Ciudad, que era fundido de plata de baxilla, y la muger del dicho Don Gaspár lo confessò, y dize, que fue de vna tembladera de plata que su marido avia traído de Badajòz, y en estos autos consta, que en el hurto que se hizo en la Hermita, entre las prendas que se hurtaron á el Capellán, fue vna tembladera de plata, de hasta diez y seis, ò diez y ocho onças, y el barretonçillo pessò catorze, con que se manifiesta este indicio, para comprobacion del hurto.

 138. El

138. El quinto indicio de la deposicion, y reconocimien de Antonio Bermudez, Maestro de Platero, vezino de Plassencia, en vn vaso de plata que se le aprendiò á Doña Antonia Falcon, muger del dicho Don Gaspár, y dize el Antonio Bermudez ser vno de los que le hurtaron á el Cura de dicha Hermita, entre las demás alhajas que le llevaron.

139. El sexto indicio, la fuga del dicho Don Gaspâr desamparando la compañia, siendo puesto de honor, y vtilidad, y el averse antes retraido, aviendo tenido la noticia de las diligencias desta causa.

140. El septimo indicio, las allocuciones en secreto con los compañeros que cometieron dicho robo, la amistad con ellos, como lo deponen la dicha Doña Antonia Falcon su muger, y vna criada, y aunque la Doña Antonia se lo avia reprehendido, diziendole, que aquellos Portugueses lo avian de destruir frequentando su conversacion, y amistad.

141. El octavo indicio, es la mala fama, pues publicamente estava infamado en el hurto, y oy mas con las circunstancias de los que avia cometido antes, porque fue castigado, y processado, que la corroboran, que en todos ellos son suficiente probança para imponerle la pena ordinaria.

142. Y aunque pueden dezir que no se debe imponer la pena, respecto de que los indicios no están probados in suo genere, porque se requiere para que prueben, que estén comprobados con la deposicion de dos testigos mayores de toda exepciõ á la ley *vbi numerus, ff. de testibus cum alijs congestis á Basilico in dicta decis. 1. num. 15. Riccio in collect. decis. 114. Farin. quæst. 37. ex num. 13. Anton. Gom. tom. 3. variar. cap. 13. num. 18. & ibi Ayllon cum glos. in leg. vltima cod. familiæ erciscundæ, verbo indicijs Iulio Claro in practica quæst. 22. Mascardo de probat. conclus. 461. num. 18. & conclus. 894. num. 2. Menoch. de arbitr. casu 270. num. 23. & de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 91. num. 2.* Y latamente *Escobar de purit. sang. part. 2. quæst. 6. §. 5. num. 10.* Con que hallandose estos indicios probados con solo vn testigo, ò con testigos singulares, no pueden hazer plena probança para imponer la pena ordinaria, y solo la forman para tormento: *vt latè cum pluribus Farin. dict. quæst. 37. ex num. 28.*

143. Es-

143. Esta objeccion no obsta, porque aunque aya algunos indicios probados solo con la deposicion de vn testigo ay otros que estàn probados con la deposicion de dos, como requieren estos Authores, porque el primero indicio de los eslabones tiene dos testigos, el mudo, y la otra muger que se hallò el otro eslabon, siendo vna misma circunstancia, prueban plenamente el indicio aprobado por la ley *scilicèt*, la *in civilem* 2. *cod. de furtis*, y la ley *civile*, *cod. eodem*, y este es de los que no son *iuris*, & *de iure*, que no admiten probança en contrario: sino de los que son *iuris tantum* que la admiten, pero no probandose, *pro verit te habetur*, *vt supra diximus num.* 111. y assi lo dize la misma ley 2. *curate igitur cautius negotiari*, *ne non tantum in damna huiusmodi, sed in criminis suspicionem incidatis*, porque debe probar lo contrario, ò dar Author, y no dandolo queda por reo: *ex dicta leg.* 5. *vbi proxime cum ab ignoto, & transeunte non convenit*, para purgar el indicio, y assi este es legal, *vt latè tenet Matheu controv.*36.*num.*20.& *Gutierrez de delictis*, *quæst.*152. *per totam.* Y aunque huvo Authores que dixeron, que no era suficiente indicio para discurrirlo reo, satisface el mismo *Gut. vbi supra*, *num.* 9. distinguiendo en los de buena fama, que en estos no es indicio, pero en los de mala fama absque dubio; con que concurriendo en este indicio todas las circunstancias que se requieren, està plenamente probado in suo genere.

144. Ni à esto se puede oponer, que siendo mudo el testigo, no puede subsistir su deposicion, porque estos estàn reprobados por derecho de qualquier acto en que se requieren solemnidades: *vt probatur in leg.* 6. §. 1. *ff. qui testamenta facere possunt* §. 3. *instit. eodem*, *tenet Anton. Gom. tom.* 2. *var. cap.* 14. *num.* 29. y expressamente se prohibe ser testigo en el testamento *ex* §. 6. *de testament. ordin: instit.* maximè en aquellos actos que necessitan de explicacion: & *tenent Osualdo ad Donellum lib.* 12. *cap.* 22. *Caldas in leg. si curatorem verbo cum non ab similis ex num.* 58. *Thomas Sanchez de matrimon. lib.* 1. *disp.* 8. *num.* 12. *Spino de test am. in glos. rubric. part.* 10. *Barbos. in collectan. ad cap.* 23. *de sponsalib. Pedro Gregor. lib.* 21. *sintagmat. cap.*5.*n.*5. *Molina de iustit.* & *iure tom.*2. *disput.*254.*num.* 5. *noster Pichard. in* §. *finali de hæredum qualitate*, & *diferent.* porq̃ el mudo se presume, q̃ no tiene sentido, ni entendimiento, y se

se equipara á el infante, y á el furioso: *ex leg. servo invito §. si pupillo in fin. ad trebell. ibi quo exemplo, & mutus, qui nihil intelligere potest, percuratorem adiubatur*, *idem probat textus in leg. 2. ff. de curat. furioso leg. 3. ff. de postul. leg. 4. §. fin. ff. de privileg. credit, & probatur in cap. 1. an mutus, vel alias imperfectus feudum retineat*; y assi se considera imperfecto, con que si en materias civiles no se admite mucho menos debe admitirse en las criminales y assi no prueba su dicho, y consiguientemente queda el indicio debilitado, por defecto de probança.

145. Tiene tan poca substancia este fundamento, que antes la opinion contraria es la evidente, porque distinguiendo se desvanece la objeccion, porque si el mudo es á nativitate corre la doctrina, pero si no es á nativitate, sino es por acaso, ò por accidente, es capaz de celebrar todos los actos legitimos, y assi puede tratar, y contratar, vender, comprar, hazer sociedad, locacion, mutuo, deposito, commodato, ser instituido por heredero, y hazer testamento, y puede ser convenido por qualquier delito, y por él, si le correspondiere ser castigado con la pena ordinaria de muerte: *& probatur in leg. 1. §. fin. ff. de obligat. & action. leg. obligamur, §. fin. ff. eodem leg. quibuscumque ff. eodem leg. vbi non voce ff. de reg. iur. leg. mutus ff. de iure doctium, leg. mutus ff. de procuratorib. leg. mutus ff. de adquirenda hæred. cap. cum apud de sponsalib.* Porque el mudo por accidente, aunque queda incapaz en la explicacion, queda capaz en la inteligencia, y assi por signos, y demostraciones puede declarar la voluntad, *vt latè tradit Anton. Gom. tom. 3. variar. cap. 1. num. 69. & ibi Ayllon, Molina de iustit. tom. 4. disput. 37. num. 3. Farin. quæst. 41. num. 86. & quæst. 98. num. 159. & tenent omnes supra adducti num. 144.* Las señales con que ha de manifestar la voluntad, ò la intencion las pone *Anton. Gom. tom. 2. variar. cap. 14. num. 29.* como si constare, que hizo algunas señas, ò demonstraciones, ò algunos movimientos, de que pueda inducirse la verdad, y despues consintiendo con las mismas señales, á lo que se le dixere, y assi dize: *tamen probaretur, quando fecit aliquos actus, motus, vel signa extendendo brachia, vel capite, vel humeris annuendo, quibus hoc significaret.* Con que siendo el mudo testigo en esta causa, mudo no de nacimiento, sino es por accidente, y con plena, y perfecta inteligencia de todo, pudo declarar con las

las demonstraciones, y actos significativos; conque consta expresò lo que sabia, y cuyo dicho diò luz á la mayor averiguacion desta causa, y por él se averiguò lo que nò pudo con testigos sanamente perfectos, â quien le aplicaba yo la sentencia de San Juan Chrisostomo, que dixo por el indicio, y yo por este mudo: *mutus quidem testis, sed omnibus vocem habentibus evidentior*, pues los testigos no depusieron lo que él depuso, con su muda rectorica en demonstraciones, y assi no obsta esta objecion, y queda el indicio plenamente justificado in suo genere.

146. Y aunque es verdad que los demás se prueban cõ vn testigo solo no obstan, porque conjvntos todos hazen plena probança, porque *singula quæ non prosunt, simùl collecta iubant*, porque aunque segun las doctrinas de Antonio Gomez *tom. 3. variar. cap. 13. num. 18. & ibi Ayllon, Farin. quæst. 37. ex num. 18.* Y otros que cita *Ayllon vbi sup.* las probanças imperfectas dizen que no se pueden juntar para hazer probança perfecta, y plena, esto se debe entender quando son diversi generis, porque si son eiusdem generis se coacervan, y vnen para probar el delito, maximé, quando es de dificultosa probança: *vt ait Peguera decis. 17. num. 41. Cavallo casu 251. num. 8. Menochi. cons. 788. Dominus Larrea alleg. 66. num. 67. & expressissimé Ciriaco controv. 291. num. 20.* Y aun este lleva mas, que aunque sean diversi generis se coacervan para hazer plena probança, que latamente explica *Barbosa* en el voto 77. *num. 110. & alter Barbos. in leg. 2. ff. soluto matrim. num.* 84. Principalmente, quando todas mirán á vn mismo fin, y no se eliden, antes se corroboran, como en este caso: *ex leg. cum sumus, cod. de Agricol. & censit leg. rationis; leg. instrumenta, cod. de probat. Dominus Larrea dicta allegat. 66. num. 68.* que en este caso prueban plenissimamente: *ex leg. si stipulatus in fin ff. de vsuris cap. preterea 27. de testib. Mantica de conecturis lib. 7. tit. 5. num. 5. Cephalo consil. 608. num. 58. & 89. Menoch. de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 36. num. 3. & præsumpt. 38. num. 4. & præsumpt. 40. num. 13. & Agustin Barbos. dicto voto num.* 110. Y para mas comProbacion de este punto debe verse el num. 111. de el mismo Barbosa, donde con los Authores mas clasicos, fundados sobre el axioma, *singula quæ non prosunt*, discurren latatamente, y es muy del intento el lugar de Hermosilla, â la ley 56. *glos. 1. num.*

num. 73. *tit.* 5. *part.* 5. que todos llevan la vnion de estos indicios, y presunciones, que per se, & separatim no prueban, ò no hazen plena probança, vnidos la constituyen: *ex leg.* 2. *ff. de excusat. tutor. cap. causam de probat. cap. cum ad sedem de restit. spoliat.* porque assi como de diversos miembros, aunque pequeños se forma vn perfecto cuerpo, y de muchas consonancias vna perfecta armonia; assi de diversos indicios separados, pero despues vnidos, se forma la plena, y perfecta probança, *& præter relatos tenet Molina de primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *num* 35. y esto es preciso, y de necessidad de derecho, porque en los delitos ocultos atrozes, y de dificultosa probança se debe vnir, *ne veritas pereat: ex leg. fin. de probat. Farin. cons.* 29. *num.* 5. *Giurba cons.* 2. *num.* 45. *& cons.* 18. *num.* 1. *Dominus Larrea allegat.* 96. *num* 11. Y assi dize *Azeved. in his, quæ sunt dificilis probationis quælibet indicis informatio pro plena habetur in leg.* 4. *tit.* 6. *lib.* 8. *recop. num.* 51. y assi segun la doctrina de *Pedro Barbos. vbi sup. num.* 78. y la de *Basil.* en la *decis.* 1. En los delitos atrozes, y de dificultosa probança, basta qualesquiera para constituirla plena; y el mismo Basilico vbi proxime, dize, que no pueden las leyes, en los delitos desta calidad, pedir las probanças concluyentes como en otros, que liquido probari possunt, porque aliás delicta remanerent impunita, contra la publica vtilidad, y vindicta publica, principalmente con vna doctrina de Bartolo en la ley *fur manifestus ff. de furtis, num.* 3. y mas en estos, que son facti traseuntis, con que deben vnirse los indicios, y presunciones, que imperfectos, y separados no prueban, pero vnidos prueban, y mas siẽdo de vna misma especie, y á vn mismo fin, y sobre vn mismo delito; porq aunque Antonio Gomez dize, que no se vnen, es contra la mente de todos, además que habla en terminos de imperfectas probanças, quæ sunt diversi generis; pero concurriendo en este todas las circunstancias que requieren los Authores no tiene duda que deben vnirse, y corroborados con la mala fama inducen la plena probança: *ex cap. præterea de testib.* Y assi debe imponerse la pena ordinaria, estãdo este delito justificado por todos medios, que annque tan dilatado, para probarlo puede passar lo prolixo, porque en tan atroz delito no quede escrupulo para su castigo.

* * *

QVAR-

QVARTO HVRTO.

147. MEdiado el mes de Noviembre del año de 1695. D. Gaspár de Yelbes, en compañia de Antonio Nuñez, Felix Nuñez, Francisco Nuñez de las Mirandas, Henrique, y Duarte Navarro, todos cinco Portuguesses, á el anochezer quisieron robar la casa del Beneficiado del Lugar de la Fuente, y aviendo vn criado suyo embarazadolo cerrandoles la puerta, y por no aver podido conseguir su depravada intencion la aumentaron con ponerle fuego á la casa, por vn pajár, cuyo incendio creciò tanto, que no bastando toda la gente de aquel Lugar á apagarlo, huvo de venir la del Lugar inmediato. Muchos testigos que vieron seis hombres en el dicho Lugar, y en los circunvezinos, y justificado en los autos, que dos de ellos eran Felix Nuñez, y Francisco Nuñez, y estos dizen que hizieron el viaje con todos los susodichos, diziendoles Yelbes, y Antonio Nuñez, que iban á vna metedúria de tabaco, que por aver caido malos se apartaron; pero que despues les dixeron los dichos Henrique, y Duarte, que ellos, y Yelbes avian puesto el fuego á la casa del Beneficiado.

§. VI.

DE INCENDIO.

148. PErdidas la riendas del temor, y respecto, assi á Dios, como á la Justicia, entregado el hombre á su ceguedad, buela su atrevimiento á el precipicio, porque es el incentivo del errar el aver empezado á delinquir, y assi temerariamente, por sus grados vá de vn delito á otro delito, y el que empezò por leves ossadias, viene á acabar en crecidos atrevimientos; y este es arte de la malicia, entretener algun tiempo en menores daños, para que el atrevimiento no se acobarde en los mayores, y assi lo dixo Quintiliano en la declamacion que intitula: *Paries palmatus, ibi: innocentia per gradus certos ab homine discedit, & ne in maximis trepidet audatia, diù in minoribus colligit. Nemo indè cœpit quo incredibile est pervenisse*; hasta que llega á ser profundo

do pielago de atrocidades, que dixo *Eschil in supplic.*

Malorum agmen huc fluminis instar irruit
Damni in profundum pelagus non navigabile.

Y assi despues de cometidos los delitos ya referidos, cometiò el del incendio, en cuya gravedad, y pena serà sucinto mi discurso, como en todos los demás delitos que se le siguen, pues la comprobacion, para sus probanças las tengo ya prevenidas en los antecedentes.

149. Vno de los gravissimos delitos que se pueden ponderar, es el incendio, el mas atroz, y mas pernicioso á la Republica, pues solo consigue el que lo executa vna inmane crueldad, y vn horrendo desseo de ofender, sin mas vtilidad propria, que el daño ageno, y assi le llama pessima malicia, destructora, y horrenda, el *cap. pessimam* 23. *quæst.* 8. porque en vn istante reduce â cenizas lo qne trabajò la diuturnidad del tiempo, *vt latè Farin. quæst.* 110. *cap.* 1. 2. *&* 3. *Pedro Gregor. lib.* 36. *cap.* 19. *per totum*, *Cantera quæst.* 8. *num.* 28. *Basilico decis.* 18. *per totam*, *Azevedo in leg.* 6. *tit.* 12. *lib.* 8. *recop. ex num.* 9. *Vela de delict. cap.* 18. *per totum.* En tanto llegò este delito á considerarse atroz, y enorme, que no goza de la inmunidad Ecclesiastica el reo, *vt tenet Iiber. Decian. lib.* 6. *cap.*28.*num.& Azevedo vbi proxime*

150. De este delito no tenemos en el derecho civil, y canonico, titulo peculiar, porque aunque en el *lib.* 47. *ff.* se pone el titulo de incendio, ruina, y naufragio, en este mas se trata de los hurtos cometidos en el incendio,ò por causa del incendio que del mismo incendio; pero no por esso faltan leyes que acriminen su atrocidad, y que le impongan su castigo, para cuya imposicion,y la pena que le corresponde, hemos de suponer, que el incendio se comete de tres modos, aut dolo, aut culpa, ò por acaso, *tenent omnes supra relati.* Omitiendo con sumo respecto aquellos que provienen de la mano poderosa de Dios, ò por justos juizios, suyos, ò por castigo de los hombres, como dixo David en el Psalmo 10. *Pluet super peccatores laqueos ignis, & sulfur, & spiritus procellarum pars calicis eorum.* Como el fuego que abrassò aquellas siete Ciudades: *Genes.* 19. Y como el que baxò

baxò ſobre la familia, y hazienda de Job, *eodem* 1. Y como el que deſtruyò la gente de Ochocias 4. *Regum* 1. y otros muchos que ſe refieren en las Sagradas letras. que eſtos ſolo quedan á ſu altiſſima, y Divina Providencia, ſin inveſtigar en lo humano lo que proviene del juizio Divino.

151. Pero ſiguiendo el norte de nueſtras leyes, y diſpoſiciones, ſe ha de conſiderar el modo como ſe comete el delito del incendio, en vna de las tres qualidades que dixe en el numero antecedente, porque ſi el incendio es caſual, no ſe comprehende en pena alguna: *vt latè tradit Pedro Greg. vbi ſupra num.* 10. *Baſilico dicta deciſ.* 18. *ex num.* 8. porque el incendio caſual, ſe conſidera entre los caſos fortuitos: *vt ait Iuſtinianus in §. item is cui res inſtit. quibus modis contrahitur obligat.* Y ninguno eſtá obligado por eſtos acaſos, porque ſe conſideran de aquellos que no pueden evitarſe, ni reſiſtirſe, *vt latè tradit Dn̄s. Amaia lib.* 3. *obſerv. cap.* 3. *per totum,* & *ita ait Ovid. lib.* 5. *Methamorph.*

Iam que opus exegi, quod neſcio vis, ira, nec ignes
Nec poterit ferrum, ne edax abolere vetuſtas.

Y aſſi entre los caſos que en lo humano no pueden reſiſtirſe, numéra el incendio la ley 1. §. *is vero qui vtendum ff. de obligat.* y la ley *in rebus, ff. commodati, vel contra,* y aſſi no eſtá obligado, ni incurre en pena alguna. El curioſo que deſſeare vér eſto mas dilatado, puede vér el lugar del ſeñor Gonçalez *in cap.* 3. *de locat.* & *conduct.* & *probatur ex leg. contractus in fin. de regul. iur. leg. ex conducto,* §. *ſi vis tempeſtatis ff. locati leg. opus eodem leg. quæ fortuitis cod. de pignorat. action.* Y es comun de todos; porque como para que aya delito, es meneſter ſuponer la intencion, porque todas las acciones, y operaciones de los hombres ſe conſideran, y regúlan por el animo, ò intencion antecedente, no por el exito: *leg. fraudis interpretatio ff. de regul. iuris leg. verum* §. *ſciendum ff. de minoribus,* porque aunque ſea felix, no eſcaſa del delito, quando la previa intencion fue á otro fin, es expreſſo el texto *in leg. deſertorem* §. *in bello ff. de re militari, ibi Qui rem prohibitam fecit, aut mandata non ſervavit, capite punitur, etiam ſi res benè ceſſerit;* porque quando la ley impone la

 pe-

pena, presupone el animo, y proposito del que cometiò el delito: *vt cum pluribus tenet Farin. quæst. 87. num. 25* y como en el caso fortuito no puede darse esta intencion, este animo, y este proposito carece de culpa, y por consiguiente està essento de la pena, *vt tenet Basilico in decis. 18. num. 1. Dominus Amaia lib. 3. obs. cap. 3.* pues segun la opinion de muchos textos, y Authono solo se considera libre de la pena; sino es de la obigacion civil, *vt probatur ex leg. ex conducto* §. *1. & 2. &* §. *Papinianus, leg. si merces* §. *vis maior. cum sequenti ff. locati leg. 8. cod. eodem, leg. 22. tit. 8. part. 5. tenet Barbos. in collect. ad cap. 3. de locat. & conduc. Giurb. observ. 24. num. 8. Solorçano de iure indiarum, tom. 2. lib. 1. cap. 19. ex num. 47. Valeron. de transact. lib. 1. quæst. 1. num. 22. Narbona in leg. 7. tit. 4. lib. 3. recop.* y assi *nulla pæna tenetur*,

152. De otra suerte debe entenderse, quando culpa alicuius se puso el incedio, y en estos terminos se debe distinguir, segun la regla comun del derecho, y los Authores, segun la qualidad de la culpa, porque aut est leve, ò levissima, ò lata, de esta vltima no hablo en este §. porque esta se considera proxima á el dolo, ò quasi dolo, y por ella tan in civilibus, quam in criminalibus reus tenetur, *ex leg. videamus* §. *si hoc leg. merces* §. *culpæ leg. item quæritur* § *si navicularius ff. locati*, y á esta culpa latior vocatur *in leg. quod verva ff. de positi* gravior culpa *in leg. homo liber* §. *1 ff. de adquirend. rerum dom.* magna culpa, *leg. magna ff. de verb. signifi.* lata negligencia *leg. qui reportorium, ff. de administr. tutorum*, & dissoluta ignorantia, *leg. cum sex menses, ff. de edilitio edicto: vt latè tradit Farin. quæst. 110. num. 35. & quæst. 124. num. 64. & 65. Basilico vbi sup. num. 19.* por la culpa leve, ò levissima està obligado; pero no á le criminalidad, sino á el inter esse, *cap. si egressus 5. de in iurijs, & ibi Dominus Gonçalez, & Barbos.* Y esto se entiende, si quando se prendiò el incendio, por su descuydo, ò negligencia, no se apagò, y hizo el daño: *leg. capitalium* §. *qui ob inimicitias, ff. de pænis ibi si cum vitari possint, per negligentiam eorum apud quos orta sunt damno vicinis fuerunt civilitèr exercentur*; ò se castiga cõ vna pena advitraria, y leve, como dize el mismo texto: *vt qui iactura affectus est, damni disceptet, vel modicè vindicetur, & idem probatur in leg. qui ædes 9. ff. de incend. ruin. & naufrag. & leg. si servus*

27. §. *si fornicarius*, *&* § *proculus*, *&* *ff. ad leg. Aquil. leg.* 3. §. 1. *ff. de oficio præfect. vig.* Y assi el cuydado de los incendios pertenécia á los prefectos, y antes á los trium viros, *ex leg.* 1. *&* 2. *ff. de ofic. præfecti vigil.* Despues Augusto considerò proprio de la obligacion del Cessar este cuydado, y assi puso siete compañias en diversos sitios, para evitarlos, *vt constat ex leg.* 3. *ff. eodem*, Y quando el incendio se originaba por culpa de alguno ad interesse tenebatur, y deste modo se debe entender la ley *si vendita, ff. de commod. & pericul. rei vendit.* donde dize Vlpiano, que siempre el incendio culpa committitur, porque es en estos terminos, y no en otros, *vt latè tradit Pedro Greg. lib.* 36. *cap.* 19. *num.* 10. *&* 13. y aunque del presente hecho no son estos dos efectos, ha sido preciso tocarlos, por ser pertenecientes á el incendio, pues solo á este hecho le toca el tercer modo que es el doloso.

153. De este vltimo efecto es la gravedad que queda dicha en el num. 149. y assi por ser tan enorme, y atroz le corresponde la pena ordinaria de muerte: *ex leg. qui aedes.* 9. *ff. de incend. ruina, & naufr. leg. aut facta.* §. *penul. leg. capitalium* §. *incendiarij ff. de pænis leg.* 10. *ad legem Cornel. de sicar. tenent omnes supra relati num.* 149. de tal suerte que si el incendio fuere puesto con tumulto, ò sedicion, son comprehendidos tambien en la pena de la ley *Iulia, de vi publica, ex leg.* 1. *&* 10. *ad legem Cornel. de sicar. leg.* 5. *ad leg. Iul. de vi public. leg.* 11. *eod. qui acusare, tenet Vela de delict. cap.* 18. *per totum*, *Pedro Greg. vbi sup. num.* 14. *Marta de iurisdict. cap.* 2. *part. cap.* 25. *Basilico vbi supra Azevedo in leg.* 6. *tit.* 12. *lib.* 8. *recopil. ex num.* 9. *Cantera quæst. crim. ex cap.* 8. *num.* 28. *Farin. quæst.* 110. *num.* 157. *Dñs. Gonzalez, in cap. in litteris tuis* 5. *de raptorib.* Conviniendo todos en la pena ordinaria de muerte, ò con mas, ò con menos qualidad, porque como no son todos los incendios igualmente graves, no han de ser las penas iguales, porque los que pusieron el incendio dentro del lugar, en donde puede resultar gravissimo daño à todo él, y este lo pusiere, ò por causa de robár, ó por causa de enemistad, regularmente los reos de esta calidad se queman viuos: *ex leg. capitalium* §. *incendiarijs de pænis leg. aut facta.* §. *penult. eodem leg. qui ædes* 9. *ff. de incend.* pero si fuesse casa particular, ò fuera del lugar, se castigan con la pena de muerte, pero no con la de quemarlos vivos, *vt constat ex iisdem iuribus*

allegat. Y para quien tuviere desseo de ver mas hallará en el señor *Gonçalez vbi supra num.* 4. vna columna de textos comprobantes desta opinion que por la brevedad omito.

154. Esta misma pena la confirman las leyes de nuestro Reyno, porque ademâs de la satisfacion del daño, les impone la pena de muerte con la qualidad de quemados, como consta de la ley 11. *tit.* 5. *lib.* 4. del fuero, *ibi todo ome que á sabiendas quemare miesses agenas, ò pan en eras, ò casas, ò montes, quemen á èl por ello, y peche todo el daño, que ende viniere: & tenet Montalvus in dicta leg.* y lo mismo se prueva por la ley 9. *tit.* 10. *part.* 7. porque aunque está ley pone distincion entre los nobles, ò plebeyos conviene en los plebeyos con la pena de quemarlos, *è si fuere ome de menor guisa, ó vil, è fuere fallado en aquel lugar, demientra que anduviere el fuego que èl puso, debe luego ser echado, en èl é quemado. E si por aventura non fuesse luego presso, quando quier que lo fallaren despues, mandamos que lo quemen.* Pero aunque â los nobles les imponen la pena de destierro perpetuo, dize *Greg. Lopez*, en esta ley *glos.* 2. que si el incendio fuere cometido con dolo, dentro del Lugar, ò Ciudad, que se castigan tambien con la pena de muerte, aunque no con la de fuego, y assi corre la doctrina, *ex leg. data opera, cod. qui acusare non possunt cum vulgatis.* Y oy con mas evidencia por la ley 6. *tit.* 12. *lib.* 8. *recop.* en donde sin excepcion de personas les impone la pena de muerte; *ordenamos, y mandamos que ningun Prelado, Cavallero, ò hijo dalgo, ni otra persona alguna:* y despues pone las palabras siguientes: *y si le quemare casas, ò mieses a sabiendas, ò talare viñas, muera por ello, & tenet Azevedo in hac leg. ex num. 4. cum sequenti*, principalmente, quando con animo de robar, ò por enemistad, que en este caso es indefectible: *ex leg.* 3. *ff. ad legem Iul. de vi pub. Dec. lib.* 8. *cap.* 5. *num.* 5. *& tenent omnes supra adducti*, con que aviendo sido en este hecho vn incendio doloso, y con animo de robar, ò vengança de no aver podido executarlo, le corresponde la pena ordinaria de muerte, añadiendo la circustancia agravante de ser casa, y bienes de vn Clerigo, *vt latè tradit liber. Dec. lib.* 6. *cap.* 19. *n.* 10. *& num.* 23. *&* 24. Y assi en vn robo, y salteamiento, con tal qualidad, no tiene duda el imponerla.

P55. Pero porque puede oponerse á esta doctrina, la comun que suelen alegar de la ley *vulgaris ff.* 21. §. 6. *ff. de furtis*, que

que este hurto no es punible, respecto de que no fue consumado; porque para que incurra en la pena de hurto, se requiere la contrectaccion, q no basta el animo: *ex leg. dicta et leg. 3. §. si rem apud. ff. de adquiren d. possess. leg. inficiando 69. ff. de furtis leg. bovem §. 1. ff. de ædilitio edicto tenet Farin. quæst. 168. num. 39. Gutier. de delict. quæst. 157. num. 11. & 12.* porque aunque sea cierto que en algunos delitos atrozes se castiga el conato tanto como el efecto, en el hurto no se puede entender esto, porque toda la substancia essencia, y naturaleza, consiste en la contrectacion *ex textu in leg. 1 ff. 1. ff. de furtis inde sola cogitatio furti faciendi non facit furtum, vt latè tradit Matheu controv. 34. ex num. 2.* y assi este hurto, que no tuvo efecto, no es punible.

156. No es inétpestivo, ni sin proposito el tocar algo desta materia, assi para la perfecta inteligencia desta objeccion, como porque en el progresso desta causa ay algunos delitos, que aunque no se perficionaron, ò tuvieron efecto, fueron reducidos á acto proximo, y assi con la mayor brevedad que en tan dilatado tratado fuere possible procuraré manifestar lo que he podido ver y discurrir, sobre si el conato es punible, ò no, y porque he visto muchas vezes en el supremo Tribuual de V.S. disputar este punto en muchas causas, que en esta pondré las reglasgenerales, y sus distinciones, para comprobacion de mi discurso.

§. VII.

SI EL CONATO REDVCIDO A ACTO PROXIMO es punible.

157. TAN dudoso hã considerado los Authores este punto, que tanta ha sido la duda, quantas han sido las opiniones; pero poniendolas en solas dos, afirmativa, y negativa, con vnos, y otros fundamentos se evidenciará lo cierto; que el conato no es punible, se prueba; porque este consiste en la voluntad, ò en la intencion, esta, nisi sequuto afectu, no puede conocerse, porque de ella ha de resultar el cargo para la culpa, y la culpa para la pena; de la intencion, ò pensamiento no se castiga en el dereecho: *ex leg. 18. ff. de pænis cogitationis, pænam nemo patitur*, luego el conato, quando solo se funda en el pensa-

miento no puede ser punible: *idem probatur in cap. ccogitationis, de pænitent. distinct. 1. tenet Hothomanus lib. 11. obs. cap. 18. Cuiatio ad tit. si quacumque præditus potestat.* Lo qual tambien se prueba de las razones, y textos aducidos en el numero 155. donde solo la intencion del hurtar no constituye á el ladron en el delito: *ex dicta leg. vulgaris, & ex dicta leg. 1. §. 1. ff. de furtis, & ex leg. 3. si rem ff. de adquirend. posses.* en donde para que el q depositò alguna cosa pierda la possession, se requiere la contrectacion del deposito, pero faltando esta, aunque tenga el animo no se comete el hurto: *sed si eam loco non moveris, & inficiandi animum habeas, plerique veterum, & Sabinus, & Casius rectè responderunt possesorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admititur.*

158. Pruebase esta doctrina de la ley 1. *ff. de extraord. crimin.* en donde solo se castiga el conato con pena extraordinaria, no con la pena ordinaria: *solicitatores alienarum nuptiarum, & matrimoniorum interpellatores, & si effectus sceleris potiri non possint, propter voluntatem promiscuæ libidinis, exraotdinarie puniuntur.* Lo qual manifiesta el cap. 21. *de levit. qui percusserit, & occiderit hominem morte moriatur*: en donde se ponen las dos circunstancias, *qui percuserit, & occiderit*, luego porque aunque hiera con animo de matar no se castiga con la pena ordinaria, porque es menester que llegue á perficionarse el acto, *& occiderit*, y assi no se debe imponer. Manifiesta esto mismo el *cap. omnis autem, lex 3. distinct.* donde dize *omnis autem lex, aut permittit aliquid, vt vir fortis petat præmium; aut vetat, vt sacrarum virginum nuptias nulli petere liceat; aut punit, vt qui cædem fecerit capite plectatur.* En cuyas vltimas palabras para imponer la pena ordinaria, requiere la consumacion del homicidio, aliás no se le impone no siguiendose el efecto.

159. Es especie muy del caso la del *cap. grave nimis de præbend. cap. licet canon. de elect. in Concil. Trident. de reform. sess 7. cap.* 3, en donde el que elige el indigno, se priva de la facultad de elegir, y pierde la accion para las elecciones; pero aunque este elija el indigno, sino se efectúa, y perficiona la eleccion no incurre en estas penas, ni pierde la facultad de elegir: *cap. perpetuo de electione in 6.* luego porque el afecto no siguiendo el efec-

to

to no es punible, y en suposicion de todo lo dicho son manifiestas las palabras de la ley 1. *in fin ff. quod quisque iuris: quid officit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum*; y assi lo dá á entender el *iuris consulto Paulo* en la *ley qui falsam ff. ad legem Cornel. de falsis. Qui falsam monetam percuderint, si eam formare noluerint, sufragio iustæ pænitentiæ absolvendi sunt*. Porque para castigar el conato, es preciso darle la misma naturaleza que á el hecho, ò á el efecto, lo qual no se admite en el derecho: *vt constat ex cap. fin. de sponsalib.* porque, aunque segun las disposiciones canonicas, el que contraxo las sponsales, si sponsam cognoverit, y despues contraxere matrimonio con otra, se anula el segundo, y se ratifica el primero consumado por la commistion: *ex cap. is qui fidem, de sponsalib.* secus es, quando intentò conocerla, y no pudo; que si contraxere matrimonio con otra, queda firme el vltimo matrimonio, porque aunque huvo conato, el afecto no tuvo efecto, luego el conato, y el efecto, no tienen vna misma fuerça, y naturaleza, y assi no se avrá de castigar el conato, como el efecto, por lo qual llevarõ muchos Authores, q̃ no se debe castigar el conato con la pena ordinaria, *vt sunt Farinat. quæst.* 124. *num.* 19. *&* 20 *Peguer. decis.* 17. *ex num.* 9. *Anton. Gom. tom.* 3. *var. cap.* 3. *num.* 11. *Tuscho. littera C. conclus.* 544. *Giurb. consil.* 46. *num.* 37. *Caballo casu* 242. *num.* 37. *Guazino defens.* 33. *cap.* 24. *ex num.* 6. *Molin. de iustit. & iure tom.* 4. *disp.* 29. *num.* 9. *Cevallos comm. contra comm. quæst.* 901. *ex num.* 53. *tenet Ayll. ad Gom. dict. tom.* 3. *var. cap.* 3 *num.* 11.

160. La opinion que afirma que el conato es punible, con la pena ordinaria, aunque no se siga el efecto, se comprueba con muchos textos, y Authores, y á la verdad tiene algunos fundamentos tan concluyentes que fuerçan á seguirla, *vt probatur ex capite quoniam* 14. *quæst.* 4. *& ibi glos. verbo conatus, cap. si quis cum telo, de pænitent. distinct.* 1. *leg. si quis non dicat rapere, cod. de Episcop. & Cleric. cap. si quis non dicat repere cap. si quis* 10. *cap. quisquis* 9 *cap. si quis tan fæminam,* 12. *cap. si quis pulsatus* 13. *cap. solicitatores* 15. *de pænitent. distinct.* 1. *leg. is qui cum telo cod. ad legem Cornel. de sicarijs leg. quisquis cod ad leg. Iul. Maiestatis leg.* 1. *cod. si quacumq; præditus, leg.* 1. *§ Divus ff. ad legem Cornel. & ex iure Regio leg.* 2. *tit.* 13. *lib. ordenament. leg.* 2. *tit.* 23. *lib.* 8. *recop.* que los he juntado todos, omitiendo otros

por razon de la brevedad, y porque basta apuntarlos para que se vean, en cuyas decisiones se prueva que el conato se castiga con la pena ordinaria, como el efecto; cuya opinion siguen *Barbos. in dicto capite solicitatores 14. quæst. 4. Duaren ad tit. de pœnis, cap 2. Farin. dict. quæst. 124. Solorçan. de parr. lib. 2. cap. 16. Tiraquell. de pœnis temperand. causa 39. cum sequent. Flores de Mena lib. 1. var. cap. 8. Cujatio lib. 15. cap. 25. & in leg. 1. ff. quod quisque iuris Menoch. de arbit. casu 360. Azeved. in leg. 1. tit. 21. lib. 8. recop. num. 73. & in leg. 2. tit. 23. lib. 8. recop. ex num. 7. Diego Perez in leg. 2. tit. 13. lib. 8. ordinant. Cevallos comm. contra comm. quæst. 540. Dominus Amaia lib. 1. observ. cap. 2. ex num. 7.*

161. Y esta opinion se fuuda en todas reglas, porque la voluntad, es el norte para lo bueno, ò para lo malo, como dize *el cap. præsens 20. quæst. 3.* y assi para qualquier delito se debe atẽder en primer lugar el animo, y la voluntad, como dize la glosa del *cap. sicut enim 32. quæst. 5.* refiriendo á San Juan Chrysostomo *sicut enim peccatum sine voluntate opus non facit: ita & iustitia ex opere non consummatur, si voluntas non adfuerit.* porque esta es el movil de las operaciones, y assi dixo la ley *fœdissimam, cod. ad leg. Iul. de adult.* que sin voluntad qualquier acto puede ser indiferente, y el efecto præter intentionem agentis, no tiene subsistencia *ex leg. qui foveas leg. si putator, ff. ad legem Aquil. leg. 2. in fin. ff. de condit. & demonstrat.* porque la voluntad, es la que manda los sentidos, y la que obtiene el primer lugar en las operaciones humanas, y assi se llama Reyna de todas las operaciones: *leg. si quis filium, cod. de liber. præteritis, leg. si te cod. de fidei commiss. libertat.* Y es la que se estimá, y atiende en qualquier acto, como lo dá á entender *Ovidio de Ponto lib. 3. eleg. 4.*

Vt desint vires tamen est laudanda voluntas
Hac ego contentos auguror esse Deos.
Hæc facit, vt veniat pauper quoque gratus ad aras
Et placeat cæso non minus agna bove.

Pues basta la voluntad para qualquier accion, como dixo *Propert. lib. 2. ad Mus:*

Quod

Quod si tamen desinant vires audacia certe
Laus erit in magnis : & voluisse sat est.

Pero mas á nueſtro intento, y en terminos de delito lo explica *Juvenal* en la ſatira 13.

Has patitur pœnas peccandi ſola voluntas
Nam ſcælus intra ſe tacitum qui cogitat vllum
Facti crimen habet.

Y aſsi lo dá á entender la ley *infans*, *ff. ad leg. Corn. de ſicar. infans, vel furioſus ſi hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia conſilij tuetur, alterum facti imbecillitas excuſat*, cuya eſpecie denota; que en los delitos ſe debe atender la voluntad, como vaſa fundamental del intento.

162. Y aſsi en los delitos ſolo ſe atiende la voluntad no el efecto: *ex leg. Divus*, 14. *ff. ad leg. Cornel de ſicar. ibi in maleficijs volantas ſpectatur non exitus*; porque declarada por algun acto externo, ſe evidencia la malicia, y aſsi aunq́ no ſe ſiga el efecto, ſe caſtiga juſtamente, como con elegancia dixo *Seneca lib. 4. controv. cap. 7. omnia honeſta opera voluntas inchoat, ocaſio perficit, ſæpé honoratá virtus eſt etiam vbi eam fefellit exitus*; y en las ſiguientes palabras mas claro: *ſcælera quoque quamvis circa ex tum ſubſederint puniuntur*; y mas claro en el lib: *in ſapiente nó cadit iniuria, cap. 7. aliquis mihi venenum dedit, ſed vim ſuam miſtum cibo perdidit, venenum illud dando ſcælere ſe obligavit, etiam ſi non nocuit.* No ſon de menos atencion las palabras breviſſimas de Quintiliano en la *declamat.* 281. *Nunquam mens exitu æxtimanda eſt.* Y aſsi exclama Ciceron en el caſtigo de vn conato, quando intentaron matar á Pompeyo, aunque no tuvo efecto prorumpiendo en la *orat. pro Milon. Ne ſi forté qua perfecta res non eſt, non fuit punienda perinde quaſi exitus rerum, non hominum conſilia legibus vindicentur, minus dolendum fuit re non perfecta, ſed puniendum certé nihilominus.* Y con la miſma claridad lo dize *Apuleyo lib. 1. Florid. Maleficij etiam cogitata ſcælera non perfecta, adhuc vindicare cruenta mente, pura manu ad pœnam ſufficit.* Otras muchas authoridades juntaron *Cujacio lib. 8. obſerv. cap.*

22. *Hothomano lib.* 11. *observ. cap.* 18. y el señor *Amaya dicto lib.* 1. *cap.* 2. Con estos motvios, y fundamentos llevaron la mayor parte de los Authres; que el conato se debe castigar con la pena ordinaria del delito, aunque no tuviesse efecto, y principalmente, quando no quedò por el executor, antes hizo de su parte quanto pudo para la execucion,

1663. En cuya variedad de opiniones, impugnando la primera, sin aplicarme totalmente á la segunda, antes de responder á los fundamentos que se ponderan por la otra opinion, siguiendo la doctrina del doctissimo señor *Covar.* en la *Clement. si furiosus part.* 2. *in princip. ex num.* 6. distinguiendo en lo delitos se manifestará la verdad, porque si son los delitos leves, entonces el conato no es punible, ò se castiga con pena advitraria, y leve, ò son delitos atrozes, y exceptuados, y entonces se castiga el conato, como el efecto, porque siempre se debe atender la qualidad del delito, y las circunstancias para su gravedad, ò para su exculpacion, y destas mismas resulta, si se ha de castigar el conato con la pena ordinaria, ò con la extraordinaria, y assi dize el señor *Covar. igitur: quoad punitionem conatus in criminibus atrocioribus, quo ad pænam ordinariam, vel extraordinariam Iudex perpendere debet ipsius criminis qualitatem ne una eadem mensura omnia metiri conetur.*

164. Debe tambien considerarse, que el conato sea reducido á acto proximo, de tal suerte que ex parte operantis no falte accion para la execucion; aunque no tuviesse efecto, que juntando estas dos circunstancias se debe imponer la pena ordinaria, y esta es comunissima de todos los textos, y Authores: *leg. generalitèr* 3. *in princip. ff. de calumn. leg. si servos ff. de cond. obturp. caus. leg. quisquis* 5. *cod. ad leg. Iul. Maies. leg. si quis verò* 20. *cod. de furtis, & omnia supra allegat. num.* 160. *tenent Bosio de mand. ad homic. num.* 13. *Tiber. Decian. lib.* 9. *cap.* 3. *n.* 38. *Tiraquell. de pænis temp. cas.* 37. *num.* 9. *Iulio Claro* §. *assasinum num.* 6. & 7. *ibi Baiardo Cavalcano de brachio Reg. part.* 1. *num.* 78. *Caballo casu* 95. *num.* 13. & *cas.* 97. *num.* 1. *Guazino defens.* 1. *cap.* 38. *num.* 46. & *defens.* 33. *cap.* 24. *num.* 2. *Mascard. conclus.* 138. *num.* 2. & 3. *Tusco lit. D. conclus.* 167. *n.* 10. *Menochio de arbitrar. cas.* 360. *num.* 35. *Giurba cons.* 46. *n.* 36. *Fontanella de pact. tom.* 2. *claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 12. *num.* 21.

Dns.

Dons. Covar. ubi supra. Y assi en aviendo qualidad agravante en el delito, ò que sea de los exceptuados, se castiga el afecto, y aunque no se siga el efecto.

165. Pero, aunque ay algunos proximos á el delito, no por esso se debe considerar conato reducido á acto proximo, porque suelen no ser suficientes, para que el delito se perficione, ò por mejor dezir, para considerarle perfecto; como visto vn hombre en vn lugar apto para robar, aunque acto proximo, no es acto concluyente; como lo es el que dá el veneno, animo occidendi, que aunque no se siga la muerte, es este vn acto, que él solo por si basta; y sin duda, y assi el conato es punible consideradas sus circunstancias, *ut latè tradit Dominus Covar. ubi sup. num. 6. versiculo secundo*; y assi siempre que el delito no fuere de los exceptuados, ò no tuviere qualidad, como despues diré, no se castiga el conato con la pena ordinaria; pero se castiga con la extraordinaria á el advitrio del Juez; otras razones comprobantes desto se evidenciarán en la solucion de los argumentos contrarios.

166. No obsta el primer fundamento deducido de la ley *cogitationis*, y el *cap. cogitationis*, porque estos hablan de vna mera voluntad intrinseca, vn animo interior, que no está manifiesto, y este solo es patente à Dios, que juzga por el corazon con el conocimento pleno de sus mas escondidos pensamientos, y assi lo dá á entender en el libro 1. *Regum, cap.* 16. *Ne iuxta institutum hominis ego iudico; homo enim videt ea quæ patent, Dominus autem intuetur cor. Cap. sed pensandus 6. distinct. cap. erubescam 32. distinct. cap. omnis 25. cap. numquid 26. cap. super tribus 71. de pænitent. distinct. 1. cap. si quid invenisti 14. quæst. 5. cap. qui peierare 22. quæst. 5.* y en estos terminos son estos textos; pero quando este pensamiento, ò intencion se manifestò con algun acto externo, entonces no es nuda intencion, ò solo pensamiento, que este con el acto exterior ya está manifiesto, y explicado, que en este caso corre la doctrina que llevo dicha, y no obstan estos textos.

167. No obsta el segundo fundamento de la ley *vulgaris* 21 la ley 3. §. *si rem*, porque suponiendo que para que se cometa el hurto se requiere la contrectacion, y que el animo solo no basta; esto se debe entender, quando el hurto es sin qualidad

dad, porque teniendo qualidad agravante, entra con diferente vito para el conato, y assi la qualidad lo constituye en gravedad, y la ley *vulgaris*, habla en terminos de hurto simple, sin qualidad, como mas en terminos se colige de la misma ley 3. §. *si apud rem*, pues era retencion del deposito con animo de hurtarlo, pero ni huvo violencia, ni efraccion en vna, y otra especie, que concurriendo qualquiera de estas circunstancias, el conato es punible, *vt tradit Dominus Covarr. vbi supra num. 7. in fine*. Y mas claro, y enterminos de hurto, y conato, porque en la especie de estos textos, per illos stetit el no cometer el delito, y entonces son dignos de perdon, como dize la ley *qui falsam, ff. ad leg. Cornel. de sicaris sufragio iuxæ pænitentiæ absolvendi sunt*, y si quedó en terminos de nuda voluntad, ò pensamiento, sin declararla con algun acto externo, que en este caso tambien en terminos de hurto es punible el conato: *ex leg. saccularij, ff. de extraordin. criminib.* que es la misma que la de la ley *vulgaris* 21. pero la vna con la qualidad, y la otra sin ella, porque en la ley *saccularij* fue la voluntad declarada con el acto exterior, que manifestò el animo, y en la ley *vulgaris*, no huvo acto exterior que lo manifestasse, y assi no obstan estos textos, y ex causa furti non punitur con la pena ordinaria, pero por la injuria *ex leg. 23 ff. de iniurijs*, ò por la violencia, *ex leg. 1. ff. de vi* se castiga con la extraordinaria, attenta qualitate delecti.

168. No obsta la ley 1. *ff. de exraordin. criminib.* Cuya especie habla en termininos de acto remoto, no proximo, y quando el conato no es reducido â acto proximo non punitur con la pena ordinaria, aunque se castiga con la pena extraordinaria, y assi no obsta: *Dominus Gonçalez in cap. 1. de præsumptionib. num. 8.* y assimismo no obsta el *cap. 21.* del *levit.* ni el *cap. omnis lex* porque aunque es cierto, que el argumento á contrario sensu se admite en el derecho: *ex leg. 1. §. huius rei ff. de officio eius leg. 2. cod. condit. insert. cap. Apostolica de his quæ fiunt a Prælato*; pero este argumento no puede correr quando se sigue del absurdo, ò correccion de leyes, y assi estas in suo genere prueban que el que matare se castigue con la pena de muerte; pero derogan, que el q̃ hiriere con animo de matar, aunque no tenga efecto, no se castigue con la pena ordinaria, porque este conato es punible con la misma pena, y esto expresamente consta en el *cap. 21.* de el

exo-

exodo: *qui percusserit hominem volens occidere morte moriatur*. En donde basta la voluntad con el acto, aunque no se siga el efecto para la pena ordinaria, y lo manifiesta la ley 1. §. *Divus ff. ad leg. Cornel. de sicaris, & qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum*. Comprobante desta misma opinion la ley 2. *tit.* 13. *lib.* 7. *ordinam. Muguer. que aquel á quien firiò no muera de la herida*, y la ley 2. *tit.* 23. *lib.* 8. *recop.* con las mismas palabras que la antecedente; y la ley 2. *tit.* 8. *par.* 7. donde poniendo los que compran veneno para matar, aũque no tenga efecto, les impone la pena ordinaria, *mandamos que muera por ello, como si las oviesse dado, pues que non fincò por èl*; y mas claramente la ley 2. *tit.* 31. *part.* 7. *& in utraque, Greg. Lop. Diego Perez in leg.* 39. *tit.* 18. *lib.* 8. *ordinam. Azeved. in leg.* 1. *tit.* 22. *lib.* 8. *recop. num.* 6. *&* 7. *Hermos. in leg.* 17 *part.* 5. *tit.* 5. *glos.* 1. *num.* 2. *Cantera quæst. crim. cap.* 7. *num.* 26. *Dñs Larrea alleg.* 47. *num.* 12. *& sequent. Matheu controv.* 13. *num.* 10. y assi no obstan estos fundamentos.

169. A el argumento del *cap perpetuo, de elect. in* 6. se responde, dando distincion en el caso en que impone la ley la pena, por el mismo hecho, y en el caso en que indistintamente castiga el delito; en el primer caso no basta el conato, porque el mismo hecho es el que le constituye en el delito, y en la pena; pero en los demás basta el conato, y assi en el primer caso habla el *cap. perpetuo*: y en acto consumado, el *cap. grave nimis de præbend.* y el *cap licet canon. de elect. in* 6. y la *sess.* del *Concil. supra* aducida, porque siempre q̃ el acto es el què constituye la pena, es precisa la consumacion: *ut in clement.* 1. *de regul.* y en la *clement. ne in agro.* §. *quia verò de statu Monach. & ibi glos. verbo ipso facto, & in clement.* 1. *de rebus Ecclesiæ*, y assi no obsta este texto, *ut latè tradit Dominus Gonçalez in cap.* 1. *de præsumpt. num.* 8. *in fine*.

170. Ni obsta la ley *qui falsam*, porque habla en terminos del que pudo perficionar el acto, y no quiso, y per illum stetit, como lo dá á entender la misma especie del texto, *si id totum formare nolluerunt*; otra cosa es quando quiso, y no pudo, y per illum non stetit, que en este caso es punible: *ex leg.* 8 *cod. ad legem Cornel. de falsis*, porque aunque regularmente, como llevo dicho, la voluntad declarada con algun acto externo es punible

nible, quando el no consumarla, ò perficionarla, quedò por no poder, que no quando quedò por no querer, porque quando propria voluntate se abstiene merece el perdon, nisi actus perfectus sit; y en este sentido hablan tambien los textos en la ley *si falsos 8. vbi supra leg. 1. §. licebat ff. de postuland. leg. non prodest. ff. de vi bonor. rap. leg. qui ea mente de furtis leg. quis sit fugitivus ff. de ædilitio edict.* y la glos. en esta ley *quis sit fugitivus*, lo declara admirablemente: *tenet Valent. illustrium tom. 1. tract. 2. cap. 10. num. 3.*

171. Vltimamente, no obsta lo que diximos, que para castigar el conato es preciso darle la misma naturaleza del hecho; porque aunque es cierto que no sea lo mismo el hecho que el conato, tiene la misma eficacia para el castigo, porque el què lo intentò, y no pudo, & per illum non stetit, y como in maleficijs voluntas spectatur non exitus, se considera como hecho, sin que se oponga el *cap. final de sponsalibus*, porque hemos de suponer la distincion en los contractos, y en los maleficios, ò delitos, porque en los vnos se requiere la voluntad, y en los otros no obsta la voluntad; y se requiere la consumacion, para su validacion, y firmeza, y assi los distingue el *cap. cogitatio 20. de pænitent. dist. 1. cogitatio non meretur pænam iure civili cum suis terminis contenta est, discernuntur tamen à maleficijs ea quæ de iure effectum desiderant.* Y estos que requieren el efecto de derecho, son los contractos, como el matrimonio, el divorcio, la compra, y venta, y otros que estos, y sus semejantes effectum de iure sortiuntur, pero los delitos no tienen el efecto de iure, porque solo proceden de la voluntad, *cap. 1. 15. quæst. 6.* y expressamente la *glos.* á el *cap. cogitatio*, y assi en los contractos, no basta el conato, si no se perficiona el acto: *leg. contractus cod. de fide instrumen. leg. si repetendi, cod. de condit. ob caus.* porque aunque en los contractos no se puede apartar de la obligacion ya procedida, se debe entender quando ya está constituida, y perfecta la obligacion, y assi para que las sponsales contraidas de futuro passen á ser matrimonio, se requiere la copula, como en el *cap. is qui fidem de sponsalibus*, por lo qual se reputa, y considera el consentimiento conjugal, pero no basta el conato á la culpa, si no se consumò, porque quando el derecho aliquid inducit ex presumptione, nacida de algun hecho, no se satisface á su dispocion, sino es consumado,

do, ò perfecto, y assi como requiere la copula, de la qual induce la presuncion, para que las sponsales sean matrimonio, no basta el conato, y assi no obsta este texto, quedando por regla fixa la doctrina del señor *Covar. ubi supra*, que en los delitos atrozes, y exceptuados, se castiga el conato, como el efecto, porque el animo declarado con algun acto exterior, es el que se atiende, como dixo *Valer. Maxim. lib. 6. cap. 1. non enim factum tunc, sed animus in quæstionem deductus est, plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit.*

172. Con que hallandonos en terminos de vn delito atroz, y exceptuado, pues el de este hecho lo es, assi por el salteamiento como por la parte de su sacrilegio; pues fue ofendida la casa del Clerigo, y quemada, y estos son de los delitos exceptuados, *ut tenet Tiber. Decian. lib. 9. cap. 29. num. 11. Farin. quæst. 43. num. 64. Peguer. decis. 5. ex num. 13.* con todo lo que dixe en el *num. 40. cum sequentibus.* Es claro, y evidente que el conato en este hecho debe ser castigado, aunque no se siguiese el efecto, pues por ellos no quedo, pues de su parte executarō quanto huvo que hazer; antes se evidencia el deprabado animo, que llevaban pues con el rencor de no aver podido lograr su intento, pusieron el incendio à la casa del Beneficiado; que por todos medios se evidenciò el animo, para castigar el conato como si se huviesse siguido el efecto; como en terminos de hurto, y incendio lo dà à entender *Tiber. Decian. lib. 8. cap. 5. num. 5. sed & qui incendio cum gladio, aut tello rapiendi causa fuerit, hac lege tenebitur. Ex qua collige etiam conatum solum, & animum puniri, licet non sequatur effectus, quod est etiam singulare in hoc crimine ob eius gravitatem*; y assi no tiene duda la pena ordinaria, pues en vn mismo hecho le corresponde por tantos medios; como dize el señor *Covar. in dicta clement. si furiosus part. 2. in princip. num. 7.* y son admirables las palabras de *Maximo Tirio serm. 2. adulteros, fures, & proditores puniri legibus, & si voluntas eorum exitu caruerit.* Con que se manifiesta castigado el conato, aun en terminos de hurto, quanto mas se deberá castigar este, y con las circunstancias que lo acriminan.

173. Hallase probado este delito con muchos testigos que deponen, vieron seis hombres en aquellos contornos, y en el Lugar de la Fuente, y se ajusta, que dos de ellos eran Feliz, y

 Fran-

Francisco Nuñez, y estos dos deponen que executaron el viaje con Don Gaspâr de Yelbes, y los otros tres, con que se certifica el hecho, y con estos mismos se justifica el incendio, pues declarã que el compañero Henrique Duarte les avia dicho, que él, y Yelbes avian puesto el fuego; con que està justificado, porque aunque sean socios criminis, ya dexamos probado desde el numero 40. hasta el numero 46. que en estos delitos son habiles, y mas corroborandolo con la mala fama, que adminiculada, prueva, *vt in cap. præterea de testibus cum vulgatis*, y con la presuncion de derecho, *qui semél est malus semper præsumitur malus in eodem genere mali, cap. semèl 8. de regulis iuris in 6. leg. is qui 4. §. 1. leg. alij 9. ff. de accusat. Barbos. in dicto cap. semél, Farin. quæst. 23. num. 21. & sequent. Matheu controv. 36. num. 31.* Con que militando la fama, y las obras en este reo, en aver repetido el cometer delitos desta calidad in eodem genere mali, se presume reo, y assi queda fenecido este delito.

QVINTO HVRTO.

174. POR los dias de la Quaresma del año passado de 96. el dicho Don Gaspár de Yelbes, saliò de esta Ciudad en vn cavallo alazano, que avian hurtado Manuel Ignacio, y Andes Fernandez, sus compañeros, y fue en compañia del Alferez Don Salvador Pilares, el dicho Manuel Ignacio á la Venta de Magalimár, de hecho, y caso pensado á matar, y robar al Ventero de dicha Venta, en donde estuvieron, y no lo executaron por aver concurrido con ellos Francisco Martin Cabello, compadre de Don Gaspár de Yelbes, por ser el dicho Cabello muy conocido en toda aquella tierra, en la Venta, y de el Ventero, y porque tuvieron noticia no tenia dinero el dicho Ventero; este hurto, y salteamiento está justificado plenamente, porque en quanto á la salida por el tiempo referido lo deponen Doña Antonia Falcon, muger del dicho Don Gaspár, y Joseph de Rivera, y su muger vezinos de los suso dichos, y que avia salido con Manuel Ignacio, diziendo que iban á Malaga; la ida á Magalimár, y assistencia en la Venta la deponen Andres Martin Ventero, y el misma Francisco Cabello, y Gonçalo de Grados, Cazador, y que fueron á el robo, demás de estos Bernardo Gonçalez, el Granadino, con que está plenamente jdstificado,

pues

pues corroborados vnos dichos con otros, constituyen plena probança, aunque como tengo dicho los socios en estos delitos prueban, y aunque no tuvo efecto el hurto, y fue conato, per illos non stetit, y assi son comprehendidos, como latamente se ha dicho en el hurto antecedente, y en la materia del conato.

SEXTO HVRTO.

175. LA semana de Ramos del mismo año, se juntaron en Malaga el dicho Don Gaspár de Yelbes, y Manuel Ignacio, con Bernardo Gonçales el Granadino, y Gabriel Zapata, para salir á robar, y saltear, previniendose de armas, para este efecto, y aviendo salido, en el camino de Antequera apartaron del camino Real dos hombres, los maniataron, y robaron tres cavallos, y diez pesos escudos; desde este delito se van en los demás comprehendiendo los otros reos complices en esta causa; deste hurto depone Bernardo Gonçalez, reo en que está confiesso, en quanto assi, y depone lo mismo, como testigo en quanto á los demás, y en la memoria que se aprehendió â D. Gaspár de Yelbes, consta de este hurto, y Andres Fernandez lo depone de oídas á Manuel Ignacio, y el dicho Andres Fernandez, vendiò despues vno de los cavallos hurtados; que despues se aprenhendiò en Ayamonte: con que este hurto está plenamente justificado con el testigo de vista, adminiculado con la deposicion de Andres, testigo de oídas á vno de los executores del hurto, con la noticia de la memoria, y la venta del cavallo hurtado, que juntando estas circunstancias con el testigo prueba plenamente, segun la doctrina de *Anton. Gom. tom. 3. variar. cop. 12. num. 26.* que aunque dize que las semiplenas no se juntan, son quando son diversi generis, *vt latè cum pluribus tradit Ayllon in dicto loco*, y sobre la vnion de las imperfectas se dixo latamente desde el numero 142. que quando son eiusdem generis, & circa idem delictum se vnen, y coacervan, vt dixi dicto num. cum sequnt.

176. En este hecho se nos ofrece la dificulrad que el Abogado de Bernardo Gonçalez dixo en su defensa, que este reo no podia ser condenado, porque el delito solo constaba por su confession, en cuyos terminos no era punible: *ex leg.* 1. §. *Divus severus de quæstionibus leg. inde Neratius* 23. §. *fin. cum lege sequen-*

quenti ff. ad legem Aquil. tenet *Escobar de puritate sanguin. part. 2. quæst. 6. §. 2 ex num. 18. Curia Philip. part. 3. §. 13. num. 14.* Y assi estava el dicho Bernardo sin cargo del delito, y debia ser absuelto, ò por lo menos castigado con pena extraordinaria.

177. A lo qual se responde, que no se puede dudar, que entre los modos de las probanças es la mas relevante la confession del reo, *vt ait Basilico decis. 1. num. 10.* porque esta vence todo genero de probanças, *ex cap. per tuas de prob. leg. fin. cod. de non. pecun. leg. cum te de transact. leg. debitores, ff. de iudicijs*, y donde està la confession no se cuyda de mas probança, porque es la mas clara, y mas segura, *ex leg. vnica cod. de confes.* porque por ella se haze cierto, y indubitado lo que era, y estava dudoso: *leg. generalitér, 12. §. & siquidem, cod. de rebus creditis, cap. 1. & cap. cum super de confes.* tenet *Morla in Emporio iuris, tit. 11. quæst. 12. num. 4. Menochio de præsumpt. lib. 2. præsmpt. 51. num. 39. Dominus Larrea decis. 59. num. 4. Azeved. in leg. 2. tit. 21. lib. 4. recop. Escobar de paritat. sanguin. part. 2. quæst. 6. §. 1. num. 1. cum plurimis.*

178. Siendo, pues, principio cierto, è innegable, resulta del, hallarse con plena probança en esta causa, para que se castigue el reo: *ex leg. qui accusare 4. cod. de edendo, & ex dicto cap. insuper, vbi supra*, porque aunque en la causa no huviesse mas indicio, ni mas presuncion que la confession del reo, puede, y debe ser condenado por ella en la pena ordinaria, *tenet Menochio de arbitrar. casu 268. num 6* donde dize que la confession spontanea, & absque metu, vel dolo facta, que le pareze al Juez que se conforma con la verdad, por las circunstancias que el reo refiere, es bastante probança para passar à condenarlo por ella; concuerda *Caballo ressolut. crimin. casu 255. per totum.*

179. Toca en terminos Farinacio esta quæstion, en lo de *reo convicto, & confesso, quæst. 81. per totam*, y en el *num. 5.* dize que el que spontanea mente confiessa el delito puede ser castigado por sola su confession, y con mas extension *in eadem quæst. cap. 2. num. 66.* con el texto expresso de el *cap. 1. de accusat. in 6. vbi latè Barbos. ibi, nam confessio sponte facta absque tormentis, vel tormentorum metu, etiam nullis indicijs præcedentibus, &c. sufficit ad condemnandum confitentem.* Y assi teniendo la confession del reo basta para imponer la pena ordinaria; porque como

como dize el mismo *Barbos. num* 1. semel què confessò el delito, no es excepcion el que diga que no estava infamado, porque no obstante con su confession sola debe ser condenado, porque nace tal obligacion, de la confession, y tiene tal eficacia; y fuerça, que quando huviera alguna nulidad en el processo, la sana, y convalida; como dize *Farin. vbi supra, cap. 2. num. 66. ibi; vt iudicialis, & spontanea confessio validet nullitatem processus*, *Barbos. vbi supra, Mascardo conclus.* 353. *num.* 34. porque siendo verosimil, probable; y possible en las qualidades, y circunstancias que le acompañan, no tiene duda lo referido, y assi en conviniendo con la verdad; por lo mismo que de ella se enuncia tiene el reo contra si bastantissima prueba, para ser castigado, con que aviendo sido esta confession spontanea, cierta, probable; verificada en todas sus circunstancias se debe imponer la pena ordinaria, y mas acompañada con toda la demás probança; que consta de los actos.

180. Y porque de vna vez aclaremos este punto, y no sea (como muchas vezes he visto traer para esto el lugar de la Curia) que fundados en él los Abogados, con el afecto á sus clientulos á veritate deviant; es comprobante el mismo lugar de la Curia desta opinion, que llevo fundada y assi dize en la *part.* 3. §. 13. *num.* 14. *el reo por su sola confession no puede ser condenado, sino es que juntamente con ella ocurra mas prueba.* Hasta aqui favorece la opinion contraria; pero atiendase á las palabras siguientes, y se manifestará lo cõtrario, *O POR LO MENOS CONSTE POR ELLA QVE EL DELITO FVE COMETIDO*; de cuyas vltimas palabras sale la consequencia siguiente; y luego siempre que constare por la confession del reo, que el delito fue cometido, puede, y debe passarse á condenar por ella, porque en estos dos fundamentos de la Curia se está manifestando lo mismo que tenemos dicho; y aunque en las primeras palabras diga que no se condene sin aver mas prueba; es en terminos de confession inverosimil, y quasi improbable, y las segundas de confession verosimil, possible, y probable, y que convenit veritati, que en estos terminos; como llevo dicho, es sin duda cierta la opinion de que debe condenarse el reo.

181. Además, que para condenar á el reo no se requiere mas que la probança del delito es comun; y cierta, y assi no la

 fun-

fundo, esta probança resulta de la confession del reo, porque en el confiesso no tiene advitrio el Juez, porque este se tiene por sentenciado: *ex lege post rem §. 6. ff. de re iudicata leg. 1. ff. de confes. leg. vnica cod. eodem tenet Morla in Emporio tit. 11. quæst. 12. num. 1.* y este se reputa por convicto, y por su propia boca se condena: *leg. proinde ff. ad legem Aquiliam cap. præterea* el 2. *de transact.* y lo expressa el *cap. 19.* de *San Lucas*: *De ore tuo te iudico*, y en el *cap. nunc autem 20. distinct. ore tuo condemnaberis*; y los delitos, siempre que de ellos constare, de qualquier modo que conste judicialmente, y por modo legitimo deben castigarse: *cap. etiam 24. quæst. 3. & tenet Dominus Gonçalez cap. at si Clerici, de iudicijs*, no pudiendo negarse ser probança relevantissima, y modo concluyente, y legitimo la confession: *vt supra ostendimus*, y por tal se reputa, y considera en todo el derecho: *vt in leg. 1. ff. de interrogator. act. leg. Imperator 29. de probation. cap. cum ad sedem §. nos prioris de restitut. sponsat. ibi: dicta testium, partium confessiones, vel etiam instrumenta.* Admirable texto la *Clementina constitutionem de election. ibi: probationem tamen facta super his per adversarij confessionem, vel alias legitimè*, y assi es probança con privilegios mas excelentes que todas las demás, pues á todas las supera, y vence, como es comun opinion de todos, *& tenet Postio de manut. observ. 19. ex num. 11. Escobar dicto loco part. 1. quæst. 8. §. 2. & part. 2. quæst. 6. Sanchez, consil. moral lib. 6. cap. 3. dubio 13. Morla vbi supra Dominus Larrea decis. 56. num. 4. Pareja de instrum. edict. tom. 2. tit. 9. resolut. 2. num. 18. Azeved. in leg. 2. tit. 21. lib. 4. recop. num. 21. Scacia de iudicijs lib. 2. cap. 11. ex num. 332.* Con que hallandose verificado de esta confession, y por ella manifestado el delito, debe por ella castigarse, y imponersele la pena ordinaria; concurriendo antes de la confession ser vn delito publico, y la fama que lo publicaba, que es el perfecto acusador: *cap. manifesta 2. quæst. 1. cap. ad nostram 21. de iure iur. cap. evidentia de accusat. leg. 2. §. si publico ff. ad legem Iul. de adult. & tenet Dominus Gonçalez in cap. 2. de confess. nu. 10.* con *Pedro Barbos. in lege viro, atque vxore ff. soluto matrim. n. 5.* y assi no obsta esta objeccion, ò excepcion puesta en favor del reo, pues de su misma cõfession verificada antes con la publicidad, despues cõ todo lo demás que se ha adelantado en esta causa no queda escrupulo para su castigo.

Sep-

SEPTIMO HVRTO.

182. EL dia despues de averse executado el sexto salteamiento, el dicho Don Gaspàr de Yelbes, y los tres compañeros continuaron su camino con los mismos insultos, y robos; en el de Ezija á Carmona robaron á vn hombre llamado Don Alonso de Melo, llevandole 150. escudos, y 20. pessos de plata nueva, vna capa de bayeta, dos pares de zapatos, y otras cosas que repartieron entre ellos, este hurto lo depone, como testigo de vista Bernardo Gonçalez, el Granadino, y Don Alonso de Melo, robado, aprehendida su capa en poder de Don Gaspár de Yelbes, reconocida por el dicho Don Alonso Melo, y su muger, verificandose que la capa tenia en el cuello tres pliegues, cuyas señas avian dado; los zapatos vnos de ellos diò Gabriel Zapata á su madre, que assi lo deponen la misma madre; y vna hermana del dicho reo, y en la memoria que se aprehendiò á D. Gaspár de Yelbes tiene puesto este robo; el qual està plenamente justificado, por todos medios, con la aprehension de la cosa hurtada en vno de los reos, que es presuncion *iuris. ex leg. in civile 2. cod. de furtum; & pro veritate habetur, nisi contrarium probetur*, *vt dixi supra*, que acompañada esta con la mala fama y opinion de aquel en cuyo poder se halla, se convence en el delito, por la regla, *Qui semper est malus, &c.* Justificado el indicio de la capa, con dos testigos; el de los zapatos con otros dos, y assi probados in suo genere; y fuera de esto, con los testigos Don Alonso de Melo, y el consocio, que deponiendo de hecho proprio, plusquam simiplenam probationem constituyen cada vno por si; *vt latè tradit Ciriac. controv. 291. ex num. 8. cum sequent.* Y assi queda este delito probado, y justificado.

OCTAVO HVRTO.

183. EL Lunes Santo del mismo año, los dichos quatro reos, en el camino Real del Araxal, á la Puebla de Cazalla, maniataron, y robaron á Miguel de Torres, Escrivano del Cavildo de dicha Villa, y á Alonso Delgado, su compadre, y les quitaron el dinero que llevaban, vna maleta,

 con

con vn vestido negro, dos pretinas, y tiros, vnos nuevos, y otros vsados, dos pares de zarçillos, y otras cosas. Este hurto está plenamente justificado, pues el cuerpo del delito lo deponen los mismos Miguel de Torres, y Alonso delgado, corroborado con la deposicion de Bernardo Gonçalez, vno de los quatro reos, y los dos primeros perficionaron las señas de los agressores, y que vno iba en vn cavallo alazano careto, que es el mismo que se le aprehendiò á Don Gaspár de Yelbes, y que Manuel Ignacio, y Andres Fernandez, compañeros del dicho Don Gaspár robaron á vn criado de Don Francisco Pesio, vezino de esta Ciudad, y este cavallo fue el mismo qee se hallò en el Convento del Carmen de la Ciuda de Xerez, donde fue preso el dicho Don Gaspár, y despues fue el cavallo reconocido por Alonso delgado vno de los robados, y dize ser el mismo en que iba vno de los ladrones, y tambien lo reconocieron, vn Esclavo de Don Francisco Pesio, Don Luis Izquierdo, el Maestro de Herrador, y otro criado, que dixo avia criado dicho cavallo.

184. Assi mismo se aprehendiò en casa de Don Gaspár de Yelbes vnos tiros, y pretina, que fueron reconidos por Alonso Delgado, y ser los mismos que él avia comprado, y le avian robado; lo mismo dize Bernardo Gonçalez, vno de los reos, con que la aprehension de la cosa hurtada en casa de Yelbes, y la mala fama, y demás circunstancias, queda claro el delito; y en este mismo hecho consta, por testimonio que aviendo sido preso el dicho Don Gáspár, queriendo probarle la pretina; respondiò, que no avia para qué, que en su vida avia vsado tal cosa, con que mas se evidencia el delito; y Bernardo Gonçalez, dize, que deste hurto se llevò el dicho Don Gaspár la pretina, y tiros nuevos, porque los otros los avian dexado donde cometieron el hurto; y assi no ay duda en su justificacion, pues concurren todas las circunstancias que requieren los Authores: *vt tenet cum pluribus Basilico decis. 1. per totam, & ego supra relatum fero.*

185. Vnos de los zarçillos, está justificado, le tocaron en parte á Gabriel Zapata, el qual se los diò á el Alcalde de la Hermandad, que fue quien lo prendiò; que esta prenda dize Bernardo Gonçalez, que venia en vna cagita blanca, la qual reconociò, y assi mismo las reconocieron el dicho Alcalde, y Benito de Possadas, Alcayde de la Carçel de la Hrrmandad de esta Ciudad

dad

dad, hurto pleniſſimamente juſtificado, y de él conſta tambien en la memoria que ſe aprehendiò á el dicho Don Gaſpár, con que no ay duda en ſu juſtificacion.

NOVENO HVRTO.

186. EL Martes Santo, por la mañana, entre las Ventas de la Higuera, y Rivera, robaron á el Capitán Don Juan Lobo de Vllòa, vezino de Oſſuna, y á Joſeph Perez de Aranda, Mercader, vezino de Cadiz, á eſte quinientos y diez peſſos, en dinero, vnos papeles de dulce, vn ſobre todo, y capotillo de dos faldas de carro de oro, de mezclilla blanca, y color de ambar, con ojales grandes ſobre ſano de trençilla de oro vn ſombrero á la Franceſſa, aplomado, vn pañuelo, y otras coſas, y aviendo muerto en eſte hurto á el dicho Capitán D. Juan Lobo de Vllòa, le robaron vna eſpada Toledana, con guarnicion Madrileña, vna Eſcopeta Barçeloneſa, fabricada por Molas, Artifice deſtas Armas, la caxa embutida en laton, con dos Leones, y en el cabo, y guardamonte vna Aguila con dos cabezas; vn bridicú, bordado de ſeda celeſte, fleco de lo miſmo; vna maleta con vna caſaca de paño azul, vnos zapatos Franceſſes, y otras coſas q̃ ſe han referido, por mayor. Todas eſtas prẽdas, por ſer preciſſas para comprobacion deſte delito, y ſu prueba, ſiendo por todos modos tan enorme, que excede á la mayor ponderacion, teniendo la qualidad agravante del homicidio, para que en eſta cauſa no faltaſſe ningun genero de delito.

§. VIII.

DE HOMICIDIO.

187. NO ay delito que no ſea atroz, y enorme, ſegun ſus circunſtancias; pero ninguno llega â el homicidio, porque en los demás, ò los cauſa la malicia de la fragilidad, ò lo inſaciable de la codicia, pero en eſte ſe vnieron la malicia, y la inhumanidad, y en eſte ſe manifieſta vn odio, y vn rencor in ipſis viſceribus oculto contrà la miſma eſpecie, y aſſi le llama el *cap. miror* 50. *diſtinct.*

 im-

immane scælus, y Santo Thomás 2. 2. *quæst.* 70. *artic.* 3. dixo, que entre todos los delitos inventados de la malicia humana, ninguno se iguala á el homicidio: *inter omnia delicta à malitia humana inventa, nullum invenitur gravius homicidio*, con todo lo que juntò *Farin. quæst.* 119.

188. Considerase gravissimo este delito por muchos modos, tum respecto occidentis, porque pareze que vsurpa la potestad à Dios nuestro Señor, en cuyo advitrio, y voluntad está la vida, y muerte de los hombres, y assi lo dixo en el *cap.* 32. del *Deutheronomio*: *Ego occidam, & ego vivere faciam.* Y *Job en el cap.* 14. *Numerus mensium eius apud te est, & constituisti terminos eius, qui præteriri non poterunt*: *cap. quicumqu percutit* 23. *quæst.* 8. donde poniendo la potestad de castigar los delinquentes, dize que es Ministro de Dios el que lo executa; pero el que sin esta potestad, es homicida, y en sus palabras comprehende todo lo que llevo dicho, *veluti homicida iudicabitur, & tanto acriùs, quanto non sibi à Deo permissam potestatem abussive vsurpare non timuit*: *cap. ille gladium* 23. *quæst.* 4.

189. Considerase gravissimo, respecto occisi, porque con el homicidio borra, y quita la imagen, y semejança de Dios, segun la qual fue hecho el hombre: *Genes. cap.* 1. *Faciamus hominem ad imaginem, & similitudinem nostram.* *Cap. hæc imago* 33. *quæst.* 5. *cap.* 2. *de homicidio.* Y por esto les castiga con la pena de muerte, en el *cap.* 9. *del Genes. Quicumque fuderit humanum sanguinem, sanguis eius fundetur, ad imaginem, quippé Dei factus est homo.*

190. Considerase assimismo grave, respecto de la Republica, por el agravio, y daño que padeze, pues le quita aquel miembro indevidamente, y como todo su ser consiste en la conservacion de los individuos, con el homicidio recive el daño, *leg. cum ratio*, §. *pæn. ff. de bonis, damnat. glos. in leg. si Pater familias* §. *fin. de adopt.*

191. Considerase en la misma gravedad, respecto de vno, y otro, porque el homicida mata á su igual, y como no tiene imperio sobre él, porque par imparem non habet imperiū *leg. nam, & magis tratus ff. de adbitr. leg. ille á quo* §. *tempestivum ff. ad Trebellianum, innotuit de electione glos. in cap. prudentiam* §. *addjicimus de officio de leg.* Comete grave delito, y al homici-

ci-

cidio se le llamò antiguamente parricidio, de par, y cædo, por que todos los hombres, segun la ley natural son iguales, y por esto se le apropiò á el homicidio llamarle parricida, como consta de la ley que Numa diò de los homicidas: *si quis hominem liberum dolo sciens morti luit parricida esto.* Y assi fuerō criados Quesstores especiales para estos delitos, *vt constat ex leg. 2. §. & quia vt diximus ff. de orig. iur.* atendiendo á su gravedad, y esto era en tiempo, que apenas se oían, quanto mas avrá de ser quando tan repetidamente se experimentan.

192. Considerase tambien grave porque es contra el derecho natural, porque ofende la misma naturaleza con el homicidio, pues contra sus preceptos, y leyes hominem homini insidiari: *leg. vt vim ff. de instit. & iure*, porque en los hombres constituye vn parentesco; vna vnion, que debe ser indissoluble, y como por el homicidio se rompe; y se falta â ella; es gravissimo el homicidio, y desto nace el ser opuesto contra la Justicia conmutativa; assi por el agravio, y injuria publica, como la particular, la publica, pribando del individuo, vt iam dixi, la particular, quitando la vida, que entre los bienes naturales es lo mas precioso, y estimable.

193. Es tan atroz este delito, que es tanta la oposicion Divina á él, que siendo David el escogido de Dios, de quien vnicamente dixo: *Inveni David filium Iesse, virum secundum cor meum, qui faciet omnes voluntates meas Psam. 88.* y mas claro en los hechos Apostolicos *cap. 13.* en estas prerrogativas de justo, no quiso que le edificara el Templo, 2. *Paralip. cap. 17.* y la causa la dize el texto *in cap. si quis 2. 1. quæst. 7. Non ædificabis mihi domum, quia vir sanguinum es:* y este fue el primer precepto que Dios diò á Noé; y sus hijos despues del diluvio: *Genes. cap. 9.* amenazandolos con lo severo de su justicia; y assi les dixo: *Sanguinem animarum vestrarum requiram de manu hominis, & de manu viri, & de manu fratris eius requiram animam hominis:* porque siempre está clamando el homicidio, por justicia, como consta del *Genes. cap. 4. Vox sanguinis fratris tui clamat ad me de terra.* En tanto grado, que ni la irracional execucion se perdonaba: *Exodo 21.* en donde el animal que cometia la muerte, lapidibus obruebatur, y se prohibia comer la carne como manchada con sangre humana, y esto mismo se observò en tiempo

de Solon, y Dracon: *vt tenet Tib. Dec. lib. 59. cap. 20. num. 3.*

194. No tan solamente en las leyes desto mismo se castiga el irracional, sino es aun lo insensible, pareciendo justo que quien insensible cometia el homicidio, aun insensible le pagase, como sucediò con la Estatua de Nicon-Thasio, que cayendo executò vna muerte, y acusada deste delito, se pronunciò contra ella la sentencia de que fuesse sepultada en los profundos senos del mar. El instrumento, ò arma con que se executaba el homicidio se desbarataba, y reducia á cenizas, considerando injusto, que permaneciese en ser quien avia sido instrumento de este delito; que con tanto odio se miraba, que los homicidas en la prision los tenian separados de los demás reos, considerandolos como peste de la Republica, & ne afflatu eorum cæteri contaminarentur. Y assi los Romanos, en las guerras, mandaron que los prisioneros no fuessen muertos, sino es que los guardasen para esclavos: *§. 3. instit. de iure person. leg. 4. ff. de statu hominum leg. pupillus, ff. de verbor. signific.* Assi lo dixo en breves palabras Horatio.

Vendere cum possis captivum occide nolli.

Y assi se denominò servitus, á servando, vt est commune apud omnes, considerando mas conveniente el conservarlos, que el matarlos, evitando rigor tan inmane, y tan horroroso hecho.

195. Tan opuesto es este delito á la naturaleza, que aun los mismos animales le aborrecen; como con varios exemplos lo afirma *Cælio Rodrig. antiqua lect. lib. 5. cap. 8. Beierlinh. teactr. vitæ humanæ lit. H. verb. Homicidium*, que no ay fiera por cruel que sea, ni bruto por sangriento, y sañudo que en su misma especie execute sus rencores, y desfogue sus iras, executando muertes, y assi lo llora con admiracion Juvenál en la satira 13.

Sed iam serpentum maior est concordia: parcit
Cognatis maculis similis fera. Quando Leoni
Fortior eripuit vitam Leo? quo nemore vnquam
Expiravit aper, maioris dentibus apri?
Indica Tygris agit: rabida cum Tygride pacem

Per-

Perpetuam: sævis inter se convenit Vrsis
Ast homini ferrum lethale.

Culpando solo la dureza de corazon de los hombres, pues ellos solos ensangrientan en su misma especie sus rigores, excediendo á las mas rusticas, y sobervias fieras, pues ni aun á su misma especie perdonan, quando las otras irracinalmente o enseñan.

196. Esto supuesto, dividese el homicidio en varias especies, vno es causal, y formal, como es el que por si proprio, y por su motivo executa la muerte, porque este constituye la causa, y la forma á el homicidio; otro es causal tantúm, y no formal, porque él es la causa del homicidio, y por su mandato se executò; pero no fue quien formò, ò perficionò el homicidio, porque no le executò por si; otro es formal tantum, y no causal, como el Assasino, que este dá la forma á el homicidio; porque por si solo lo executa dolosamente, pero no es suya la causa, sino es de el mandatario: otro es, ni causal, ni formal, como el que ignorante, por acaso executa vna muerte, ò el furioso, que en estos no ay causa, y aunque huvo la forma, no fue con sciencia, ni con dolo, y assi los releva; destos modos de homicidios, que los refiere *Tiber. Decian. lib. 9. cap. 19. num. 2.* el primero es el que hemos de seguir en nuestro hecho.

197. Dividese tambien el homicidio en casual, necessario, y voluntario, cuya distincion conviene con la ley *respiciendum* §. *delinquunt. ff. de pænis*, y tambien se consideran estos tres modos en la ley *aut facta* §. 1. *ff. eodem tenet Vela de delictis cap. 15. num. 13. Pedro Greg. lib. 36. sintagm. cap. 15. num. 7.* Homicidio casual, es el que præter intentionem agentis, vel committentis se executa, porque en este falta el animo, que es el que constituye el delito, *vt dixi num. 161 & probatur in lege 1.* §. *sed si clavo leg. 7. leg. Divus, ff. ad leg. Cornel de sicar. leg. si putator ff. ad leg. Aquil. Menoch. de arbitr. cas. 324. Menchaca controv. illust. cap. 19. Dñs. Covar. in clement. si furiosus 2. part* §. *4. per totum.*

198. El necessario, es el que no se puede evitar sin evidente peligro del que lo executa, porque este defendiendo su

 vida,

vida, y ſu hazienda en la violencia, ò fuerça, ò rieſgo en que le ponen, puede executar el homicidio, ſegun el derecho natural, que *vim vi repellere licet, leg. vt vim ff. de iuſt. & iure leg. 1. §. vim vi, ff. de vi armata, & leg. 1. §. cum arietes ff. ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur §. quod verò inſtit. de iure naturali leg. ſed & partus §. quod metus cauſa leg. 4. leg. ſcientiam §. qui cum ff. ad leg. Aquil.* y en breves palabras la denota Ovidio lib. 3. de Arte amandi:

Iudice me fraus eſt conceſſa repellere fraudem,
Armaque in armatos ſumere cura ſinunt.

Y con elegancia el texto en la ley 2. *cod. ad leg. Cornel. de ſicar. ibi: is qui aggreſſorem, vel quemcumque alium in dubio vitæ diſcrimine conſtitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet*, con las palabras de la ley 3. del miſmo titulo: *ſi quis percuſſorem ad ſe venientem gladio repullerit, non vt homicida tenetur: quia defenſor propriæ ſalutis in nullo peccaſſe videtur.* Y eſtas diſpoſiciones ſon conforme á la ley natural, que ella miſma enſeña la defenſa de la vida, como dixo *Cicer. lib. 1. offic. Omni generi animantium a natura tributum eſſe, vt ſe vitam, corpuſque tuatur. Tenet Menoch. de arbitr. caſu 277. Farin. quæſt. 125. num. 3. Guacin. defen. 29. cap. 4. num. 11. Caballo, caſu 88. num. 2. & de homicidio, num. 67. Giurba, conſ. 17. num.* 19. Lo qual ſe evidencia tambien por las leyes de nueſtro Reyno: *ex leg. 3. tit. 5. lib. 6. del furero leg. 2. tit. 8. part. 7. leg. 3. & 4. tit. 13. lib. 8. ordinament. leg. 3. & 4. tit. 23. lib. 8. recop.* con eſtas leyes *Montalvo, Gregor. Lopez, Diego Perez,* y *Azevedo. Dominus Larrea alleg. 117. num. 43. Anton. Gom. 3. variar. cap. 3. num. 22. & ibi cum pluribus Ayllon*, y ſobre todos *el ſeñor Covar. in dicta clement. ſi furioſus, part. 3. §. vnico*; pero eſto debe entenderſe, con tal que no exceda el *moderamen in culpatæ tutelæ: ex leg. 1. cod. vndè vi*, eſto es, que ſea por cauſa de defenderſe, no por cauſa de vengarſe, *dicta leg. 4. & 5. ff. ad leg. Aquil.* y que ſea incontinenti, y por el miſmo acto de la ofenſa: *leg. 1. cod. quando licet vnicuique ſine iud. leg. 13. §. cum igitur ff. de & vi armata, leg. 2. & 3. cod. ad leg. Cornel. de ſicar. tenet Cujacius lib. 5. obſerv. cap. 18. Menoch. vbi ſupra, caſu 278.* y todos los que llevo citados comprobantes deſto miſmo.

199. El

199. El homicidio voluntario, es el q̃ dolo malo lo comete el que tiene animo de matar, y voluntariamente dà la causa: *ex leg. 1. §. 1. leg. in lege 7. leg. 14. ff. ad leg. Cornel. de sicar. leg. cum autem, versicul. capitalem de ædilitio edict. cap. 1. §. si quis hominem de pace tenenda, Dominus Covar. in clement. si furios. part. 2. in princip. versicul. voluntarium cum cap. sicut dignum de homicidio, Vela de delict. cap. 15. num. 14. Caballo in tractat. de homicidio num. 275. cum pluribus Matheu controv. 29. per totam*, y por este homicidio, se le impone la pena ordinaria, *vt cum pluribus tenet idem Matheu vbi supra num. 14.* Este homicidio voluntario, y doloso aumenta su gravedad, por las cirunstancias, ò deproditorio, ò de assechanças, ò premeditacion, cuya materia, y definiciones trataron latamente *Caballo vbi supra*, desde el numero 275. *Anton. Gom. 3. variar. cap. 3. ex num. 5. & ibi cum pluribus Ayllon, Don Lorenço Matheu controv. 29. per totam Dominus Gonçalez in cap. 1. de homicidio, & in cap. de cætero 11. eodem*, que por no dilatarme en este punto no refiero, pues solo es para la qualidad agravante deste hurto, ò robo.

200. Todas las circunstancias agravantes que se requieren en los homicidios concurren en este, pues el dolo està manifiesto, pues del mismo hecho se evidencia, *vt latè tradit Anton. Gom. 3. vbi supra num. 17. & ibi Ayllon, Mascard. de probationib. conclus. 71. num. 1. Baiard. ad Iulium Clarum §. homicidium num. 13. Cevallos comm. cont. comm. quæst. 580. Farin. quæst. 126. num. 103. Menoch. de arbitr. casu 361. & de præsump. lib. 5. præsump. 40. per totam*; porque aunque es verdad que el dolo no se presume: *ex leg. merito ff. pro socio*: esto se debe entender en los actos indiferentes, y que no son ex genere prohibitorum, porque estos actos en la duda, antes se presumen hechos con buena, mas que con mala intencion, siendo el acto indiferente, ò dudoso, *ex cap. estote, de regulis iuris*; pero en los actos illicitos se presume el dolo, porque el efecto manifiesta la causa: *ex leg. non codicillium cod. de testament.* y todo delito despues de hecho pravè se presume cometido, si no se prueba lo contrario, *leg. 1. cod. ad legem Cornel. de sicar. leg. si non convicij cod. de iniurijs*, porque cometido el delito se deduce la qualidad del dolo, y por el mismo hecho se regula: *leg. dolum, cod. de dolo, latè Caballo in dict. tractat. de homicidio, num. 279. Azeved. in leg. 4. tit. 23. lib. 8. recop.*

num. 7. cum sequent. & omnes supra adducti. Con que en este hecho verificado, y probado se evidencia el dolo, que tambien se considera, segun la qualidad de la persona, y su mala fama, y costumbre de delinquir, *vt tenet idem num. 291.*

201. Concurre assimismo la prodicion, porque si el proditor no es otra cosa, sino el que mata á el incauto, que no sospechaba tal cosa, *cap. 1. de homicidio, & ibi Dominus Gonçalez, & Barbos. Matheu dicta controv. 29. num. 11. Pedro Caballo vbi supra num. 396. & num. 399.* porque el que viene por su camino, aunque traiga el rezelo, no puede traer la prevencion para poder resistir las invasiones de los facinerosos salteadores, y assi como le coge indefenso, y sin resistencia se comete la prodicion, y assi lo manifiesta el mismo *Caballo vbi supra, num. 416.* donde hablando del homicidio proditorio, dize: que se llama latrocinio, y dá la razon: *quia proditoriè occidere etiam dicitur, qui non valentem resistere, & incautum more latronum interficit, leg. Divus ad legem Pompeiam de parricid. leg. capitalium §. famosos ff. de pœnis cap. admonete 33. quæst. 2.* y assi á el ladron se le llama insidiator hominum, *vt supra dixi cum iuribus proximè allegatis*, porque el ladron siempre anda assechando los passos de el caminante, ocultandose con cautela, para assaltarlo, y robarlo, y assi dizen muchos Authores que lo denota la palabra latro, por dos razones (tomando la denominacion á latere). porque ván siempre con el lado armado, para sus insultos, ò porque assaltan por el lado á los caminantes, los roban, y los matan, como lo dize *Sexto Pompeio lib. 10. & 17. nunc viarum obsessores dicuntur, quod a latere adoriuntur, vel quod latentèr insidiantur. Varro de ling. latin. lib. 6. ab ea Poetæ non numquam milites appellant quod item vti milites cum ferro, aut quod latent ad insidias faciendas,* y assi son comprehendidos en las dos qualidades de prodicion, y assechanças.

202. La premeditacion es innegable, porque el ladron, salteador siempre lleva el animo de matar, y robar, como dize Aulo Gelio en sus noches aticas *lib. 2. cap. 1.* con este verso de Horatio, que lo denota.

Vt iugulent homines surgunt de nocte latronees

Porque aunque especialmente no lleven el animo, ò vayan

á

á objecto determinado genericamente lo llevan: *ex leg. capitalium §. famosos, ff. de pænis*, y aunque es cierto, que el fin principal de ellos es el robo, *ut tenet Tiber. Decian. lib. 9. cap. 29. num. 6. & 7. Peguera, decis. 40. num 3. Pedro Greg. lib. 37. sintagmat. cap. 9. num. 9. Farin. quæst. 167. num. 14. Menoch de arbitr. casu 295. num. 14. Giurba consil. 190. num. 20.* No obstante ván con la intencion, y animo, ò por robar con mas facilidad, ò por si hallan resistencia, y aunque no fue la intencion primera el homicidio, sino ex accidenti, naciò de la primera causa que era el robo, y en este caso etiam tenetur, *ut latè tradit Covar. in clement. si furiosus part. 2. in princip. num. 1. cum sequent.* Y esto se evidencia con razones juridicas, porque en los delitos, el que delinquiò vltra de la intencion, si del delito intentado verosimilmente se pudo discurrir mayor daño; no solo incurre en la pena del primer delito, sino es en la del que resultò: *text. in leg. si quis aliquid §. qui abortionis ff. de pænis, leg. quoniam multa, cod. de vi*, y assi el ladron bien conoce que del acto premeditado puede resultar el mayor daño del homicidio, & ideo tenetur.

203. Rursus, que el que executa algun acto illicito tenetur, de qualquier acontecimiento, sin atender su voluntad, ò animo, porque de la misma operacion in se illicita se originò el otro delito: *leg. si quis servum §. si quis insulam, ff. ad legem Aquileam*, y mas en los terminos de homicidio, y comprobante de la opinion que llevo referida, de que basta la generica intencion, lo dize *Caballo in tractat. de homicidio, num. 245.* concluyendo el numero con estas palabras: *Ex quo saltim in genere cogitavit tale homicidium facile subsequuturum, ex leg. aut facta §. eventus, ff. de pænis*; y assi se comprehende en el homicidio premeditado, y ex proposito facto, siendo circunstancia mas agravante, además de las dichas, el aver sido cometido por ladrones; porque assi como el salteamiento es mas delito que el hurto, assi el homicidio, cometido por el ladron, es mas grave, y mas atroz que otro qualquier homicidio: *textus in leg. 1. & 2 cod. quando licet vnicuique sine iudice authent. novo iure, cod. de servis fugitivis, & in cap. fin. collat. 9. tit. 17. vt nulli iudicum, & cum prædictis iuribus tenet Tiber. Decian. lib. 9. cap. 29. num. 13.*

204. Las penas de los homicidios son tan conocidas, y claras, que fuera demasiada molestia el referirlas, pues por todos derechos tienen la pena ordinaria de muerte, por el derecho Divino: *Quicumque effuderit humanum sanguinem, effundetur sanguis eius: Genes. cap. 9. & Math. cap. 26. Omnes qui gladio ferierint, gladio peribunt. Apochalip. cap. 13. Levit. cap. 24. exodi cap. 20. & cap. 21. Dentheronom. cap. 5.* por el derecho canonico: *cap. duo ista in fin. 23. quæst. 4. cap. fin. 3. distinct. cap. 1. de homicidio leg. 3. §. legis, leg. penult. ff. ad legem Cornel. de sicarijs. leg. 3. cod. de Episcopali audient. leg. 1. & 2. cod. quando licet vnicuique sine iudice leg. 3. cod. de his qui ad Ecclesias confugiunt, §. item lex Cornel. instit. de publicis iudic. leg. vnica §. meritò cod. de raptu virginum leg. pen. cod. ad leg. Corneliam de sicarijs, leg. 1. cod. ad legem Pompei. de parricid*, por las leyes d el Reyno, la ley 11. *tit.* 5. *lib. 6. leg. 1. & 2. tit. 17. lib.* 4. del fuero, *& ibi Montalvo leg.* 63. del estylo, *& ibi Don Christoval de Paz, leg. 2. tit. 8. part. 7. & ibi Gregor. Lopez leg. 3. & 4. tit. 13. lib. 8. ordinament. & ibi Diego Perez leg. 3. & 4. & 15. tit. 23. lib. 8. recop. Azev. in dicta lege 4. num. 4. Anton. Gom. 3. variar. cap. 3. num. 2. & ibi Ayllon, Basilico decis. 16. num. 13. Farin. quæst. 126. num. 3.* hasta el numero 9. *Iulio Claro §. homicidium, & ibi Baiardo, Tiber. Decian. lib. 9. cap. 17. & cap. 20. num. 13. Dominus Covar. lib. 2. var. cap. 28. num. 7. & in clement. si furiosus part. 2. §. 4. num. 1. Caballo dicto tract. de homicidio, num. 7. Giurba cons 10. num. 18. Menchaca controv. illust. cap. 19. num. 4. Molina de iust. & iure tom. 4. disp. 3. num. 4 Vela de delict. cap. 15. num. 37.*

205. Y aunque huvo algunos Authores que quisieron distinguir en la imposicion de la pena, puede correr, quando no ay qualidad, que teniendola, no tiene duda, y mas en los terminos desta causa, con salteamiento, con homicidio, que en ellos no ay quien pueda defender lo contrario: *& est de mente leg. 18. tit. 14. part. 7* y la ley 75. del estylo, la ley 6. *tit.* 13. *lib. 8. ordinament. leg. 6. tit. 23. lib. 8. recop. leg. capitalium §. famosos ff. de pænis*, con todo lo que dixe el §. 2 deste informe. Y esta opinion la confirma *Azevedo, y Diego Perez in dictis legibus, Anton. Gom. 3. variar. cap. 5. num. 10. & ibi Ayllon Dominus Covar. 2. variar. cap. 9. num. 7. Vela de delictis, cap.*

12.

12. *num.* 22. y Azevedo *in lege* 7. *tit.* 11. *lib.* 8. *recop. num.* 107. *Gutierrez de delictis*, *quæst.* 156. *num.*4. *Pichardo in manu duct. part.* 3. §. 4. *num.* 64. Con que no tiene duda en vn hurto tan qualificado, y en homicidio tan horroroso la pena ordinaria de muerte, quando solo por si, bastava para imponerla.

206. Supuestas estas doctrinas, está este delito plenamente justificado, porque en quanto á el cuerpo del delito, respecto del homicidio, se ajusta con la declaracion de Joseph Perez de Aranda, de Bernardo Gonçalez, con la de Juan Izquierdo, Barbero del Coronil, Pedro de la Peña, Ventero, Juan Garcia, Isidro Alonso Bravo, y otros. En el homicidio, como testigos de vista, los dichos Joseph Perez de Aranda, y Bernardo Gonçalez, y Andrés Fernandez, presos; con que està plenamente justificado, porque aunque puedan poner las objebciones de socios los vnos, y el otro ser vno de los robados, ya tenemos satisfecho á esto desde el numero 39.

207. Y aunque pudieran dezir, que solo està comprehendido en la pena de homicida; Manuel Ignacio, que fue el executor de la muerte, en cuyos terminos los demás non tenentur de homicidio: *ex textu in leg. si in rixa*, *ff. ad legem Cornel. de sicarijs*, *leg. sanximus cod de pœnis*. Esta doctrina no puede subsistir, porq quando dolo & proposito tres, ò quatro, ò mas salierõ contra alguno, aunque vno solo execute la muerte, omnes tenẽtur, *ut probatur a contrario sensu*, *ex dicta lege si in rixa*, *tenet Anton. Gom* 3. *variar. cap.* 3. *num.* 36. *Iulio Claro in* §. *homicidium versicul. alia etiam*, *est defensio*, *Menoch. de arbitrar. cas.* 362. *Peguer. decis.* 14. *per totam*, *Gutierrez lib.* 2. *quæst. canon. cap.*6. *ex n.*46. *Mascard. de probat. conclus.* 1003. *n.* 55. y en terminos con elegancia el señor *Covar. in dicta clement si furiosus part* 2. §. 2. *num.* 3. principalmente en estos hechos, en que todos llevan vn mismo animo, y assi no obsta este reparo.

208. En quanto á el hurto està mas plenamente justificado, pues todas las circunstancias, y requisitos para su justificacion, están probadas, con dos, y con mas testigos, aprehendidas en poder de los reos las cosas hurtadas, justificada la possession de ellas, las que sacò el Capitán Don Juan Lobo de Vllòa, de su casa, que fue las que le quitaron; las deponen, y declaran Don Diego Lobo de Vllòa, Francisco Eulogio, y Teodora

 Maria

Maria, la escopeta que Manuel Ignacio vno de los reos llevò del hurto, y presentò en Ayamonte, de donde se traxo, consta por diligencia ser la misma, y se manifiesta por las señas, que los testigos de arriba dán de ella, y de esto mismo deponen Andrés Fernandez, preso, Don Alvaro Pacheco, Don Francisco Pacheco, y Don Antonio Suazo, con que está plenamente justificado.

209. El capotillo, y sobre todo de Joseph Perez de Arãda que se hallaron en poder de Don Gaspár de Yelbes, lo reconoce el mismo Joseph Perez, y assi mismo lo reconoce Pedro de la Peña, Ventero de la Venta de la Higuera, que dize que es el mismo que llevaba el dicho Joseph Perez, y además desto exhiviò vn pedazo de la misma tela, que assi se reconociò, por Manuel Rivero, y otros Maestros de Sastre, que dixeron ser de vna misma pieza, y tela que evidencia el hecho, pues se debe estar á la deposicion de los peritos: *ex leg. 2. cod. de rescindend. vendit. tenet Hermosilla leg. 56. tit. 5. part 5 gloss. 6. num. 23.* y mas concurriendo la deposicion de dos, y mas peritos: *ex leg. semèl 6. de re militari, leg. iuris iurandi 9. cod. de testib. leg. hac ædictali. 6. §. his illud, versicul. mobilium veró, cod. de secundis nuptijs, & ab argumento, leg. 50. & 51. tit. 5. lib. 2. recopilat. tenent Thomas Sanchez de matrim. lib. 7. disput. 112. ex num. 1. Surdo lib. 1 cons. 126. num. 16. Lara, de vita hominis cap. 27. ex num. 29. Anton. Gom. tom. 2. variar. cap. 9. in fin. Pinello de rescindenda vendit. leg. 2. part. 3. cap. vlt. num. 5. Gratiano discept. forens tom. 2. cap. 235. num. 29. Farin. quæst. 127. Menoch. de adipiscenda, remedio 5. num. 161. Dominus Amaya in leg. 2. cod. de iure fisci ex num. 13. Noguerol allegat. 18. ex num. 21.* Y assi queda plenamente justificado este indicio, y comprobado, para razon del hurto, y salteamiento.

210. Assimismo está justificado ser la maleta la misma que llevaba, y se hurto á el mismo Don Juan Lobo de Vllòa reconocida por el mismo Bernado Gonçalez, Juan Cordero, Guarda del coto de D. Juan Inestrosa, que fue donde comieron aquel dia los quatro, y donde partieron el hurto, y en quanto á la maleta tãbien lo depone Don Christoval Lobo que fue quien la remitiò, y la casaca de paño azul, que le tocò á Bernardo Gonçalez, que declarò que la avia vendido á Juan de Peréa, que declara la com-

prò

prò á el dicho Bernardo Gonçalez, y el pañuelo que le quitaron â Joſeph de Aranda, que le avia tocado á el dicho Bernardo, y ſe lo pidiò el dicho Don Gaſpár, para ſu muger, apreciandolo en cinco eſcudos, comprobado con la depoſicion de Maria Eſperança, y Maria de Alor, que dizen, que el pañuelo ſe lo moſtrò el dicho Don Gaſpár, para que lo apreciaſen, y por vltimo, por no detenernos más en eſte punto, no tiene circunſtancia eſte delito, que ſu comprobacion no ſea plena, y como puede deſſearſe, y aſſi no tiene duda para la pena, aſſi por ſu gravedad, como por la qualidad que la aumenta.

DEZIMO HVRTO.

211. Aviendo tratado de hazer viage deſta Ciudad, â el Reyno de Galicia Ignacio Gonçalez, Juan Lorenço, y Franciſco de Santiago, Gallegos, á hazer diferentes empleos, llevando dos mil y quinientos peſſos en dinero, dos cavallos, vn mulo, eſcopetas, y otras coſas; los anduvieron eſpiando diferentes ſugetos, que tenia el dicho Don Gaſpár en eſta Ciudad; y con la noticia que avian ſalido el dia 23. de Abril del año paſſado, ſalieron en ſu ſeguimiento el dicho Don Gaſpár de Yelbes; en el cavallo alazano de que ya hizimos mencion, y en ſu compañia Manuel Ignacio; Andrés Fernandez, vno de los reos, Bernardo Gonçalez, el Alferez Don Salvador Pilares; Manuel de los Rios Cuſio, Juan López, y Alonſo Rodrigo de Velaſco, los cinco á cavallo, y los tres á pie, y aviendo alcançado á los dichos tres Gallegos junto á Cazalla, los apartaron del camino, fingiendo ſer Guardas del contravando, los maniataron, y robaron, y para hazer mayor ſu delito, dieron tormento á dos de ellos, y los quiſieron matar; quitaronles todo el dinero, que era en doblones de todos generos, los cavallos, y otras coſas. Eſte hurto eſtá plenamente juſtificado, y eſte fue el que diò luz á eſta cauſa, que permitiò Dios que lo executaſſen para que ſe puſieſſe termino á ſus inſultos.

212. De todos eſtos hechos, haſta la particion del dinero, que fue en el ſitio de los Rodetes, en Alcalá del Rio, junto á Guadalquivir, donde cõpraron vn poco de peſcado, que comierõ, y partierõ el hurto. Todo lo deponen, como teſtigos de viſta, y hecho

cho proprio, Bernardo Gonçalez, y Andrés Fernandez; con que está el robo plenamente justificado. La salida de Sevilla el mismo dia que los Gallegos, la deponen Doña Antonia Falcòn, muger del dicho Don Gaspár, Joseph de Rivera, y Catalina Mazias, su muger, Maria Esperança, muger de el dicho Rodrigo Alonso de Velvsco, y Catalina de Alor; el hecho de aver passado la Barca de Cantillana de ida, y buelta lo depone el Barquero.

213. Assi mismo consta que estuvieron en vn Meson en Cantillana, camino que llevaban los Gallegos, de cuya assistencia deponen el dicho Barquero Silvestre Peña, y Ana de Solís, Juan Garcia Madrigál, y Christoval de Quiròs, y aviendo estado, y comido el dicho Don Gaspár en otro Meson, en la Villa del Pedroso, y herrado alli el cavallo alazano careto, yendo en seguimiento de los Gallegos, lo deponen Agustin Rodriguez de Reyna, Antonio Alvarez, Mesonero, Joseph Munoz Pacheco, y Antonio Rodriguez, que casi todos los suso dichos, assi de Cantillana, como del Pedroso, han reconocido en rueda de presos á Don Gaspár de Yelbes.

214. En quanto á la execucion del hurto, además de los tres robados, y de Bernardo Gonçalez, y Andrés Fernandez lo deponen Christoval Gonçalez de Quiròs, Antonio Alvarez, Hortelano, Juan Rodriguez Paibello, aviendo justificado la possession del dinero, y cosas hurtadas, y assimismo aprehendidose á los reos diferentes doblones de á ocho del dicho robo, que por su color eran conocidos, respecto de estar algo tomados, y assi lo depone el que se los diò á los dichos Gallegos, y reconociò vn doblon de los que avia dado, que se le aprehendiò á D. Gaspár de Yelbes, con que por todos medios está plenamente justificado, siendo vn hurto de entidad, y cantidad, q por él solo merecian la pena de muerte, *vt tenet Dominus Covar. lib. 2. varir. cap. 9. num. 7 Peguera, Menoch. & alij, quos refert Mathen contro. 43. ex num. 18.*

VNDEZIMO HVRTO.

215. El mismo dia viniendo de buelta à esta Ciudad, despues de executado el robo, y salteamiento antecedente, en el ca-

camino encontraron á Juan Guerra, vezino de Cazalla; y le robaron vn cavallo, y intentaron robar otros passageros, y antes de llegar á el Pedroso encontraron vnos cazadores, y yendolos siguiendo vn perro, porque no los conociesen, y alcançassen, mataron el perro de vn carabinazo, y el dia 25. de Abril á el amanecer llegaron á la Barca de Cantillana, en donde porque el Barquero los passasse, sin esperar á mas, le diò el dicho Don Gaspár de Yelbes vn escudo de plata.

216. Este hurto tiene plena justificacion, pues del hecho del robo del cavallo de Juan Guerra, y su possession, y de el hecho de aversele restituido á el dicho Juan Guerra despues que se aprehendiò dicho cavallo, lo deponen quatro testigos, además del dicho Juan Guerra, que son Gaspár de los Reyes, Luis Falco, Pedro de Lemos, y Pedro de Robles. Y del hecho de aver passado despues por el Pedroso, y aver encontrado los cazadores, y muerto el perro, son testigos Juan del Rio, Joseph Muñoz Hortiz, y Juan Martin, de aver passado la Barca aquella mañana; el mismo Barquero, y del hecho de aver comido en los Rodetes, como diximos en el hurto antecedente, fingiendose Guardas, lo deponen Juan Garcia, y Julian Martin; la buelta de los reos á esta Ciudad se justificò que fue el dia 25. de Abril de el año de 96. con la deposicion de Doña Antonia Falcon, muger del Yelbes, y con las de Joseph de Rivera, Catalina Mazias, Maria Esperança, y Catalina de Alor; con que se manifiesta la ausencia por el tiempo que se cometieron estos dos hurtos, la assistencia en aquellos sitios, y ser ellos los agressores.

DVODEZIMO HVRTO.

217. Por el mes de Mayo de dicho año, el dicho Don Gaspár de Yelbes, y otros, y entre ellos el dicho Alferez D. Salvador Pilares, anduvieron cometiendo diferentes robos, y salteamientos en termino de Vtrera, el Coronil, y Moron, llevando el dicho Don Gaspár el cavallo alazano careto, destos hechos, y assistencias en estos sitios, son testigos Alonso Bravo de la Peña, Christoval Garcia de la Peña, y Bartholomé Martin de Fuentes, con que está planamente justificado, y assi mismo, que el dia 18. del dicho mes, y año, saltearon, y robaron á vna pobre muger,

que iba á vender por los Lugares diferentes menudencias, y bujerias.

DEZIMO TERTIO HVRTO.

218. El dia tres de Mayo, el dicho Don Gaspár de Yelbes, y otros treshõbres, en el sitio del Arroyo de las piedras, saltearon, y robaron á Juan Garcia Rodriguez, vezino de la Ciudad de Arcos, de cuyo hecho solo depone él mismo, que concurriendo en este la buena fama, como en ellos la mala, con esta deposicion, y la fama contra ellos induce probança: *cap. præterea de testibus*, y la regla, *qui semèl est malus*; se presume tal, siendo in eodem genere mali: *cap. semèl de regulis iuris in 6. vt latè supra dixi.*

DEZIMO QVARTO HVRTO.

219. La vispera de Santiago, del año de 95. Don Gaspár de Yelbes, y otros quatro, en el camino Real, junto á la laguna de Medina Sydonia, saltearon, y robaron á Don Christoval Guerrero, vezino de Cadiz, y natural de Marbella, le quitaron seiscientos pesos, y vna carga de ropa; deste hecho no ay mas testigo que el mismo robado, pero con la circunstancia de aver reconocido en rueda de presos á el dicho Don Gaspár, y ser vno de los que saltearon; con que se verifica el hecho, que coadvnado con su acostumbrado delinquir tiene bastante prueba para su justificacion.

DEZIMO QVINTO HVRTO.

220. Dizese, que el dia de la Cruz de Mayo, el dicho Don Gaspár de Yelbes, y los otros tres, degollaron á tres hombres por robarlos, este hecho no tiene justificacion alguna, porque solo tiene vn testigo de oidas; que es Francisco de Celis Parrado, pero de su intencion, y modo de vida todo puede creerse, aunque para lo juridico no basta; pero para el conjunto de sus atrocidades lo coadiuba.

DE-

DEZIMO SEXTO HVRTO.

221. Por el mes de Noviembre del año de 1692. Don Gaspár de Yelbes, el Sargento Mathias de Morales, preso (cuya causa no se vé aora; pero á su teimpo se le llegará su castigo) en compañia de Don Bernardo Zapata, y Manuel Martin Carçelin, fuerón â Ronda à robar dos casas de dos hombres ricos, para cuyo efecto se fueron á el Convento de San Francisco, y trataron con vn vezino de dicha Ciudad los ocultase, quien aviendo dado cuenta â la Justicia, y preso dichos agressores, no pudieron lograrlo. Este hecho está justificado en la causa que se remitió, de dicha Ciudad de Ronda, y además lo deponen otros testigos, que son Francisco Martin Cabello, y Alonso Perez de Rivera, vezinos de Villa Martin; con que está plenamente probado, y y aunque tiene el dezir que no se puso en execucion, y que solo fue conato, ya hemos dicho sobre esto en el §. 7. desde el numero 157. cum sequentibus. Y además de lo dicho, es muy del caso el lugar de Don Loreozo Matheu, *de regim. tom. 2. cap. 8 §. 8. ex num.* 140. *& in controv.* 32. *ex num.* 21.

DEZIMO SEPTIMO HVRTO.

222. Este es otro conato, en la Hermita de nuestra Señora del Rozío, donde fueron el dicho Don Gaspár de Yelbes, y el Alferez Don Salvador Pilares, y otros, con animo de robarla; preguntando si tenia Nuestra Señora muchas joyas, y buenas Coronas; cuyo hecho, y deprabado intento no executaron, poque el Capellán, y Santero convocaron gente, para que guardasen dicha Hermita: esto se prueba de vna carta de Alonso de Burgos y Bargas, en que diò cuenta, y algunos testigos de oìdas, que por el escandalo, y atrevimiento á la Casa de Nuestra Señora, puede considerarse por bastante prueba.

DEZIMO OCTAVO HVRTO.

223. En este capitulo, y cargo no está comprehendido Don Gaspár de Yelbes, pues solo se reduce á representar á V. S.

los que ha cometido Andrés Fernandez, menor, que passan de catorze, ò quinze, todos justificados, que por la brevedad, y por no ser mas molesto, con tan dilatado informe, no los especifico, teniendo la plena probança, para imponerle la pena ordinaria, por su gravedad, y reiteracion.

224. Pero á esto se opone la razon que el Abogado del dicho Andrés Fernandez traxo para su defensa, considerandolo exempto de la pena ordinaria, respecto de la menor edad, que en estos terminos, y por los delitos no le corresponde la pena ordinaria, sino es extraordinària, advitrio iudicis: *ex leg. auxilium 37. de minorib. leg. 1. §. hoc edicto, ff. ne vis fiat, leg. impuberem 23. ff. de furtis, leg. aut facta, §. persona, ff. de pœnis, leg. si adulterium, §. 7. ff. ad legem Iuliam, de adulterijs, leg. Divus, ff. de termino moto*, y por las leyes de nuestro Reyno, *la ley 8. tit. 31. part. 7. leg. 9. tit. 1. part. 7. leg. 17. tit. 14. part. 7. leg. 10. tit. 7. eadem part. tenent Anton. Gom. 3. variar. cap. 1. ex num. 55. Narb. de ætate, anno 7. quæst. 5. & anno 10. & dimidio, quæst. 2. 7. & 8. Fachin. lib. 9. controversiar. cap. 41. Sesse, tom. 2. decis. 112. Barbos. ad Collect. ad cap. 1. de delictis puerorum, & in cap. ad hæc de pænitentia, distinct. 3. Farin. quæst. 92. per totam Dominus Covar. in clement si furiosus, part. 3. in princip. num. 5.* y assi no le debe imponer la pena ordinaria. No ignoro que ha avido, y ay muchos que defienden esta opinion indistintamente contra todas las reglas de derecho, y contra la opinion de todos los Authores mas clasicos, y que los Abogados para las defensas de sus partes se valgan desta opinion, es muy justo; pero los que no professan este exercicio, solo por querer parecerlo, que se entren á disputarlo, es ceguedad muy necia, y solo apreciara el no averme dilatado tanto en este informe, para desvanecer sus apassionados errores; pero sin dilatarme en este punto, en breves clausulas manifestaré la verdad, poniendo los Authores en que puede verse, que no es defecto del que ha escrito no ser entendido.

225. Tan contraria es á las reglas de derecho esta opinion referida, que aunque ay Authores que la siguen, como piadosa, no la pueden defender, como juridica, porque notienen ley que apadrine su discurso, y llevando esta opinion deben fundarla, no con razones de palabra, sino es con fundamentos de

ley, como dize Don Lorenço Matheu *controv.* 8. *num.* 7. y assi la contraria opinion, como legal, y cierta, juridica y evidente se debe seguir, pues ante todas cosas se funda *in leg. si ex causa* 9. §. *nunc videndum ff. de minorib. ibi in delictis minoribus non subveniri*, y con elegancia la Glosa en esta misma lo declara; porque como los delitos consistan en el animo de que resulta el dolo, aviendo capacidad de dolo en el menor, es capaz de cometer el delito: *leg. pupillus, ff. de regulis iur.* Siendo capaz de cometer el delito, por consiguiente ha de ser capaz de la pena que le corresponde; y para que vamos con mas claridad, y se satisfagan, qualquier opinion, ò texto que puede aducirse por la otra parte supondrémos las edades.

226. Diferente son las partes en que se divide la edad del hombre desde su nacimiento, hasta su muerte, pues nunca permanece en vn mismo estado, como dixo Job. 14. *Qui quasi flos egreditur, & conteritur, & fugit, velut vmbra, & numquam in eodem statu permanet*: que son infancia, puericia, pubertad, juventud, senectud, edad decrepita: *ita Lara in compendio vitæ hominis, Menoch. de arbitrar. casu* 57. *ex num.* 1. *Paulo Zachias, quæst. Medicoolleg. tit.* 1. *quæst.* 4. *Narb. in dict. tract. de ætate, glos. in verbo profectus in prœmio lib.* 6. *decret. & glos. in cap.* 1. *de celebrat. Missar. verbo septenarius, & glos. in leg.* 1. *ff. de postulando verbo pueritiam.* La infancia, desde el nacimiento dura, hasta los site años; la puericia, de los siete á los 14. la adolescencia, hasta los 25. la juventud, hasta los 50. y de aqui la senectud, y edad decrepita; he puesto estas distinciones, para claridad de algunos textos.

227. En los delitos los infantes impuberes non tenentur, porque en estos no se dâ aquella perfecta capacidad de consejo, ò premeditacion, para deducir el dolo, que es el que constituye el delito; pero passando de esta están obligados, porque ya se les dá vigor en el conocimiento, y inteligencia, y assi deben ser castigados, Lucretio en el lib. 3. lo dize con admiracion.

Nam veluti infirmo pueri teneroque vagantur,
Corpore; sic animi sequitur sententia levis:
Inde vbi robustis adolevit viribus ætas;
Consilium quoque maius, & auctior est animi vis.

Y assi dixeron muchos Authores, que en estas dos edades estavá dormida la razon. San Agustin, en el *lib. 22. de Civitate Dei, cap. 24.* dize: *Ipsæ itaque animæ humanæ mentem dedit, vbi ratio, & intelligentia sopita est quodam modo, quasi nulla sit*; y el mismo *in cap. aliquos 15. quæst. 1. quomodo reus constituetur, qui nescit quid facit*, , y *Martiano in lege penultima ff. de fidei commis. libertat.* y assi los textos, que dizen, que los menores no deben ser castigados por los delitos, hablan en estos terminos de infantes, ò impuberes, que de ellos mismos puede colegirse, y verse, como con elegancia lo dá á entender la ley 1. §. *hoc edicto, ff. ne vis fiat: hoc edicto, neque pupillum, necque furiosum teneri constat: quia affectu carent, sed pupillum debemus accipere, qui doli capax non est, cæterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum*; y en los mismos terminos la ley *impuberem 23. ff. de furtis, glos. in leg. 2. cod. si adversus delictum, leg. 3. §. 1. ff. de sepulchro violato leg. 5 §. sed si infans, ff. ad legem Aquileam*, y otros que pueden aducirse, que en ellos no están obligados, por los delitos, á pena alguna los infantes, y impuberes, como doli incapazes, *& tenent omnes supra relati num. 224.*

228. Pero en los impuberes, que son proximos á la pubertad, y doli capazes, no debe entenderse esta regla; porque estos tenentur, por qualquier delito, exceptos los carnales, como expressamente consta *in cap. 1. de delictis pueror.* pero en los demás se prueba del texo en la ley *pupillum 111. ff. de regul. iuris, dicta lege. impuberem, ff de furtis leg. impunitas 7. cod. de pœnis, leg. si quis te reum, cod. ad legem Corneliam de sicarijs, & ibi glos. leg 37. §. 1. de minorib. leg. 13. §. 8. ad legem Iuliam de adulterijs*, y otros muchos, pero en estos venia ætatis ratio commiserationis habenda est.

229. Los impuberes los consideran las leyes del derecho comun, hasta los catorze años, pero proximos á la pubertad, y dolicapazes; huvo varias opiniones, vnos dixeron, que proximos á la pubertad, se entienden los que distan de ellas seis meses, argumento *ex lege non tantùm 17. ff. de excussat. tutor. leg. excipiuntur 14. ff. ad sillanianum, cap. attestationes 10. de desponsat. impub. & latè Dominus Gonçalez in cap. 3. eodem tit. Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 104. num. 34. Fabro in leg. 1. § an in pupillum, ff. de positi, Cujacio lib. 17. observ. cap. 14. Plaza lib. 1.*

de

de delictis cap. 34. num. 4. Otros dixeron, que los que distaban tres dias: *leg. 3. §. penult. ff. de liberis exhibend. cap. ad nostram 8. de regul.* Otros los que distan vn año: *cap. continebatur de desponsa. impub.* ò empezò el año, *Reuardo in leg. 3. ff. de regul. iuris, Pedro Fabro in lege 5. eodem tit. Hurtado, de matrimon. disput. 22. dificult. 12. num.* 46. Otros, que los que avian ya cumplido, ò excedido de los siete años, y *Menoch. de arbitrar. casu 57. num.* 40. dixo que esto se debia dexar á el advitrio del Juez, cuya opinion sigue Paulo Zachias *quæst. Medicoleg. lib. 1. tit. 1. quæst. 5. num.* 20. pero esta opinion no debe, ni puede seguirse; porque á el advitrio del Juez solo queda lo que no está determinado, y decidido por la ley, *vt probatur in leg. 1. in fine ff. de iure deliberand. leg. mora ff. de vsuris, leg. de accessionibus, ff. de divers. & temporal. præscript. cap. de causis §. illis de officio delegati.* Con que, como tenemos este punto decidido, por las leyes de nuestro Reyno, no puede quedar á el advitrio del Juez.

230. El proximo á la pubertad, y capaz de dolo para q̃ se considere comprehendido en los delitos, se manifiesta en la ley 4. *tit. 19. part. 6.* y en la ley 6. *tit. 5. eadem part. & in leg. 9. tit. 1. part. 7. & in leg. 17. tit. 14. eadem part. in leg. 8. tit. 31. part. 7.* en cuyas decissiones se considera proximo á la pubertad, y cõprehendido en los delitos, como passe de los diez años, y medio, las palabras de las leyes lo denotan, y assi dize la ley 4. vbi supra, donde poniendo que el menor no está obligado, por los delitos sensuales, ò carnales, si fuere menor de catorze años, para los demàs pone estas palabras: *Mas de los otros yerros, assi como homicidio, furto, ò de los otros semejantes que fiziesse, non se puede escusar, por razon que es menor; solo que sea de diez años è medio arriva, quando los faze, porque el mozo de tal tiempo tenemos que es mal sabido el que entiende estos males, quando los faze, pero no les pueden dar tan gran pena, como á los maiores.* Concordante de la ley *auxilium 37. ff. de minorib.* Y assi se le debe moderar la pena hasta la pubertad, que es la mente de las leyes; y aunque, segun el derecho comun, la pubertad se considera desde los catorze años, vt supra dixi, las piadosas leyes de nuestro Reyno, para el efecto de la pena, la difiriò hasta diez y siete años, como expressamente consta de sus mismas palabras, que comprehenden vno, y otro discurso. *E si por aventura, el que errò fuesse menor de diez años*

Hh *y me-*

y medio, nonde deben dar pena ninguna, è si fuesse mayor desta edad, y menor de diez y siete años, debenle menguar la pena que darian a los otros mayores por tal yerro. Cuya decission es especial, y como dize Gregorio Lopez no tiene concordante en todo el derecho; con que siempre que excediere el menor de los diez y siete años, se le debe, y puede imponer la pena ordinaria.

231. Esta ley, que vnicamente habla en terminos de considerar los menores, para la minoracion de la pena, hasta los diez y siete años, precissando dentro deste tiempo á la minoracion, porque la palabra *deben*, induze necessidad, y precission, como la palabra *potest arbitrio*, considerando la ley, que aunque son doli capazes desde los diez años y medio, con todo no están en la plenitud de entendimiento, que los mayores de esta edad; pero passados los diez y siete años se debe, y puede imponer la pena ordinaria, porque aunque es verdad que Antonio Gomez en el 3. *var. cap.* 1. *num.* 63. aconseja, que se minore, y otros que junta Ayllon. Esto solo se reduce á consejo inclinandose á la parte mas piadosa, cuya doctrina siempre que sin perjuizio de la vindicta publica, ò contra la ley expressa se pudiere seguir, como benigna debe practicarse, pero como solo se reduce á consejo, antes de tomarlo debe examinarse la razon, para si se debe tomar, ò no el consejo, como dixo *Seneca lib. sapient: Prudentis proprium esse examinare cõsilium, & non citò facili credulitati ad falsa prolabi.*

232. Pero aunque esta ley estrive solo en los fundamentos de la equidad, no debe admitirse contra la mente de la ley del Reyno, que previene el tiempo, para la minoracion de la pena, que son los diez y siete años, en cuyos terminos no se puede apartar de su disposicion: *leg. fin. ff. de hæred. instit. leg. non aliter ff. de legat.* 3. porque quando la ley no distingue, nec nos distinguere debemus: *leg. non distinguemus ff. de recept. arbit. leg. preces ff. de officio Præsidis, cap. quia circa de privilegijs, cap. Romanorum 9. distinct. cap. consuluisti, quæst. 5. cap. solitam de maioritate, & obedient.* siendo tan clara la disposicion de la la ley *ad vnguem servari debet: tenet Molina de primogen. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 27. *Pareja de instrument. edict. tit.* 1. *resolu.* 3 §. 1. *num.* 12. y en terminos de nuestra ley del Reyno, y la doctrina de Antonio Gomez, es admirable la doctrina de *Caldas in leg. si curatorem verbo, vel adversar. dolo num.* 52. *ibi quo in loco vterq;*

pu-

putat in favorem minoris seligendam esse meliorem partem, & sic vsque ad 25. annum, esse mitigandam pœnam. Quorum licentia mihi magna visa est, siquidem in re clara recedere non dubitant à dispositione legis 8. *tit.* 31. *part.* 7.

233. Principalmente, quando la ley habla en termino señalado, ò prefinido, ò quando limitadamente, que entonces produce el efecto con la misma limitacion: *leg. in agris ff. de adquirendo rerum dominio, leg. cum sermo, ff. de contrahenda emption. leg. cancellaverat ff. de his quæ in testamento delentur: Surdo consil.* 499. *num* 3. *Valençuela consil.* 91. *num.* 91 & 92. y mas quando la disposicion mira á persona señalada, que entonces no puede, ni debe estenderse á otras personas contra la misma disposicion, *dicta leg. in agris, leg. si vnum, §. ante omnia ff. de pactis, leg. militis codicillis §.* 1. *ff. de testamento militis tenet Solorçano de iure indiarum, lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 30. como se verifica en los terminos de nuestra ley 8. que ciñendose á los menores de diez y siete años no se debe estender contra su mente à los mayores, porque si la mente de la ley fuesse esto, ò la misma ley lo quisiera, lo expressara *leg. item §. ait Prætor, ff. de iniurijs, leg. si ab hostibus §. sed quid similitèr ff. de ex quibus causis maiores, leg.* 3. *ff. de officio Præsidis, leg. vnica §. sin autem cod. de caduc. tollend. cap. ad audientiam* 12. *de decimis*, y assi de la forma, y norma de las palabras, sin sciencia de lo contrario no se puede apartar, *vt cum prædictis iuribus tenet Liber. Dec. consil.* 1. *num.* 132. *Castillo lib.* 6. *controv. cap.* 125. *num.* 9. *Valenç. cons.* 93. *num.* 25. *Menoch. de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 23. *num.* 2. *Solorçano vbi supra.*

234. Porque para que se pudiessen comprehender los puberes, como los impuberes, era menester que militase la misma razon para que fuessen correlativos, que en estos solo se da la paridad, concurriendo las mismas circunstancias, *leg. fin. cod. de indict. viduitat. tollend. leg. curatorem, cod. de interdict. matrim. leg. fin. cod. de rescind. vindit. la glos. al § patitur instit. de iniurijs, Tiraquell. de leg. connub. leg.* 1. *num.* 41. *Sanchez de matrim. lib.* 1. *disput.* 54 *num.* 1. *Farin. in fragment. part.* 1. *lit. E. Tusco lit. C. conclus.* 1041. *num,* 6. *Barb. in leg. maritum, solut. matrim. num.* 53. *vers. quæ tamen.* Con que no aviendo la misma razon en vnos, que en otros, no debe correr el mismo

mo derecho; por que en los vnos les considera menos capacidad de dolo, que es el que constituye el delito, que en los mayores: *leg. 13. leg. quod enim 14. ff. de dolo*, y assi minorá la pena: *leg. ferè 208. ff. de regulis iuris leg. 2. de termino moto*, y las leyes referidas de nuestro Reyno; pero en los adultos, y que ya excedieron los 17. años, los considera doli capazes, y en la plena inteligencia del delito, y assi se debe castigar con la pena ordinaria.

235. Y mas oy en que tanto se ha adelantado la malicia que aun apenas apunta la razon, quando nace la ossadia, que para mas comprobacion de todo lo dicho aun en terminos de impuberes, lo pone *Greg. Lopez in leg. 9. tit. 1. part. 7. glos. 7.* sus palabras han de ser el desempeño de mi discurso, *maximè istis modernis temporibus: Nam defecerunt ætates, & illud, quod antiquitùs sciebant, & faciebant homines circa vitia, & fallatias. Faciunt nunc infantes: & qui infantes, & impuberes modernis temporibus sunt iniqui, & vitijs dediti; quod hoc docet experientia rerum magistra.* Y dize que se debe seguir en estos la disposicion de la ley, en quanto á la minoracion de la pena, pero acaba con mas energia; *non tamen videtur esse negandum, quam si ex qualitate maleficij, & ex perspicuitate impuberis, & doli capacitate indici videtur impuberem esse puniendum, quod iudex posset, fortè in aliquo casu particulari, & mali exempli.* Y la razon, por que como todas estas leyes son fundadas en la presuncion de la incapacidad del dolo, faltando esta circunstancia, cessa la disposicion de la ley, como dize el mismo Gregorio Lopez *in dicto loco*, y assi considerada la edad prefinida por la ley hasta los 17. años, como trata de mitigar la pena, señalando hasta esta edad, se considera la menor edad hasta este tiempo, y no mas, que excediendo debe ser castigado, como el mayor; es en terminos el lugar de *Pedro Cavallo casu. 134. num. 11.* y assi no tiene duda la pena ordinaria.

236. Comprueba esta opinion la doctrina del señor *Covar. in dicta clement. si furiosus, part. 3. num. 5. vers. quis autem dicatur, ibi: illud verò non est prætermittendum, quod puer doli capax delinquens in ætate minori non est puniendus pœna ordinaria criminis, sed extraordinem arbitrio iudicis: est ad hanc rem pulchra regia lex 8. tit. 31. part. 7.* y luego: *quæ constitutio minoribus intra decimum septimum annum delinquentibus minuendam ferè pœnam or-*

di-

nariã: cuyas palabras denotã, q̃ excediendo de los diez y ſiete años ſe puede, y debe imponer la pena ordinaria, que aſſi lo denotan las que dizen: *intra decimum ſeptimum annum delinquentibus*, con que al que extra deſte tiempo prefinido delinquiere, ſe debe, y puede imponer la pena ordinaria.

237. Eſte miſmo tiempo, para la pena ordinaria, ſeñalando los diez y ſiete años, ſe verifica en las leyes de la recopilaciõ, porque aunque es verdad, que para imponer la pena de las Galeras ſe requerian 20. años por la ley 7. *tit.* 11. *lib.* 8. deſpues la ley 9. *eodem tit. & lib.* conſiderando que adelantada la malicia; aun los menores executaban tales delitos, los minorò haſta los diez y ſiete; de ſuerte que teniendolos cumplidos ſe les puede imponer la pena ordinaria del delito: *ibi noembargante que los dichos ladrones no ayan la edad de los 20. años, como en la dicha pragmatica ſe dize, ſiendo de tal diſpoſicion; y calidad que puedan ſervir en las dichas Galeras, y aviendo, à lo menos diez y ſiete años*; y Azevedo en eſta ley dize, que haſta eſte tiempo ſe debe minorar la pena, pero paſſando ſe debe caſtigar con la ordinaria: *tenet Matheu controv.* 8. *num.* 23. quando la malicia ſuple la edad, *vt tenet Caballo dicto caſu* 134. *num.* 9. y en los delitos como eſtos, y quando el reo ſe halla ya proximo à los 25. años, en cuyos terminos dizen, el miſmo Caballo, y Matheu, que ſe debe imponer la pena ordinaria, y adelanta mas Caballo, que no ſe debe minorar la pena, por la menor edad, quando ſe experimenta frequencia de tales delitos: *ibi, quod non eſt locus mitigatione pœnæ mortis ob minorem ætatem, quando in regione eſſet frequentia delictorum ſimilium, quod eſt ſummè notandum.* Con que aviendo ſido tan repitidos los hurtos, y los ſalteamientos, como ſe ha experimentado, y los muchos que ha cometido eſte reo, no tiene duda la impoſicion de la pena ordinaria.

238. Principalmente, quando tienen ya la coſtumbre de delinquir, que en eſtos terminos es preciſſa, y regular, que como por la repeticion ſe aumenta la pena, aſſi à eſtos debe aumentarſe: *argumento ex leg.* 3. *cod. de Epiſcopali audientia leg. apud antiquos, cod. de furtis, leg.* 4. *cod. de ſervis fugitivis, leg.* 3. §. *ſi plures, ff. de re militari, leg. ſi adulterium*, §. *fratres, ff. ad legem Iuliam de adulter. leg. capitalium* 23. §. *ſolent, ff. de pænis plures congeſſit Dominus Gonçalez canon.* 22. *concilij Illiberitani*, y

en terminos de lo dicho, *Caldas in dicta leg. si curatorem versic. vel advers. dolo, num.* 50. Con que con vna repeticion de salteamientos, y delitos como los de este menor, claramente se le debe imponer la pena ordinaria, *vt ait Dominus Gonçalez in cap. 3. de desponsat. impub. num.* 11. *in fine.*

239. Y assi aun en terminos de menores de los diez y siete años, para imponerles la pena ordinaria, son los textos, *si ex causa 9. §. nunc videndum, ff de minoribus placet in delictis minoribus non subveniri leg. si adulterium 38. §. fratres ff. ad leg. Iul. de adulterijs, leg. si minor 36. ff. eodem, leg. 1. §. si impub. 32. ff. ad Silanianum*, y mas clara, y evidente la ley *excipiuntur* 14. *eodem*, dode el esclavo impubere fue condenado à muerte por la de su señor, eo quod ad pedes domini occubuit, pruebase de la ley *interdum, ff. de conditione indeb. & non sit ætatis excusatio adversus præcepta legum ei, qui dum leges invocat contra eas committit*, con todo lo que juntò el señor Gonçalez vbi supra, y assi es regla fixa entre todos los Authores, que el menor, doli capax, que con premeditacion, con conocimiento, y intelligencia del delito lo comete, que se castigue con la pena ordinaria, *tenent, Plaza de delictis cap. 32. num. 5. Menoch. de arbitrar. casu 356. num. 43. Franquis decis. 230. per totam, Farin. quæst. 92. num. 107. Caballo casu 134. per totum, Morla in empor. tit 5. quæst. 7. num. 6. Cancerio lib. 2. var. cap. 1. num. 250. & cap. 12. num. 75. Ricio collect. 1119. Paschalis de viribus patriæ potestat. part. 2. cap. 10. num. 22. Caldas, Pereira in leg. si curatorem verbo, vel advers. dolo num. 50. Matheu controv. 8. ex num. 12. Barbos. in collect. ad cap. 1. de adult. & strupo, num. 3. Molina de iustitia, & iure tom. 4. tract. 3. disput. 36. num. 6. Azeved. in leg. 9. tit. 11. & in leg. 4. tit. 23. lib. 8. recopilat.* y assi se ha practicado, y practica, como dize Molina vbi supra, que en su tiempo en Cuenca se condenò á muerte á vn menor, las controversias de Don Lorenço Matheu en la 8. vna menor en la 43. desde el numero 13. dos menores, y por vn hurto solo de vna Lampara, dize Azevedo, como testigo de vista, que en Plassencia se condenaron à muerte vnos menores, assi lo afirma *in leg. 2. tit. 2. lib. 1. recop. num.* 3. Con que no teniendo duda, passando de los 17. años, que es la edad prefinida por la ley, *vt cum Greg. Lopez Azeved. & Aton. Gom. tenet Matheu dicta controv. 8. num.* 20.

240. Y

240. Y porque no quede escrupulo alguno, no obsta la ley *auxilium*, §. *in delictis, ff. de minoribus*, porque antes comprueba lo que llevo dicho, pues aunque dize: *Nisi quatenus miseratio ætatis interdum ad mediocrem pœnam iudicemperduxerit.* Estas palabras no denotan, ni manifiestan, que siempre se debe minorar la pena, antes denotan lo contrario, como dize Caldas *vbi supra num.* 50. porque solo denotan que algunas vezes, *interdùm*, segun la qualidad del delito, y sus circunstancias, y assi dize, que fue puesta esta palabra, *interdùm*, que aunque alguna vez pueda evadirse de la pena ordinaria, está sujeto siempre que dilinquiere á ella, y como dize *Matheu cum pluribus in dicta controv.* 8. *num.* 8. *interdùm, id est rarò*; porque rara vez el mayor de los diez y siete años en los delitos atrozes, escandalosos, y de tan perniciosas consequencias; como han sido estos, se evaden de la pena ordinaria, y assi no obsta este texto, antes es comprobante de nuestra opinion, como dize la misma ley: *in delictis autèm minor annis* 25. *non meretur restitutionem, vtique atrotioribus.*

241. Y por vltimo, corone este reparo vnas admirables palabras de *Cujacio in dicta leg. auxilium*, donde dize: *nam & ætati, & imprudentiæ interdum succurritur, interdùm non*, y luego dize, *in pœnalibus iudicijs ad modum impuberibus parcitur: puberibus non nec etiam pubertati proximis, minoribus, etiam* 25. *annis in delictis, quæ veniunt animi destinatione non parcitur.* Con que en estos delitos, aunque menor con tanta premeditacion, y tanto dolo, en vn menor, yá mayor, ò por la malicia, ó por lo proximo á los 25. años, no tiene duda la pena ordinaria. Aviendome dilatado en esto, no porque considere ser necessario para la alta comprehension de V. S. sino es, como dixe al principio, paraque se conozca el error de los que quieren adelantar su discurso á lo que no puede alcançar su ineficaz razon, pues por todos medios queda convencida; y aunque las mias sean tan regulares, y que las traen todos los Authores, es menor inconveniente cansar los doctos con lo que saben, que dexar á los que presumen con su ceguedad; como dixo San Leon *serm.* 5. *de nativitate Domini: Melius esse doctos onerare iam notis, quam rudes fraudare discendis*; pues siendo tan claras, de ellas mismas pueden sacar la luz para sus confussiones, sin disputar lo que no les pertenece.

☞)(☞ §. VIIII. ☞)(☞

DE LA RESISTENCIA, y pragmatica de las caravinas.

242. POr los dias 29. del mes de Abril, buſcando los Miniſtros vn reo, executor de vn vxoricidio, eſtava Don Gaſpár de Yelbes, en la Alameda con otros tres, y aſſi q̃ viò los Miniſtros, huyò y ſacò la eſpada, y dos caravinas, haziendo reſiſtẽcia à los Miniſtros, cuyo hecho manifieſta la eficacia de ſus delitos, pues donde eſtá la conciencia dañada altéra, ſin dexar que aun por aſſomos ſe logre el ſoſſiego, como con admiracion lo denota, y declara *San Juan Chryſoſtom. hom. 3. de verb. Iſai: Omnia (inquit) pavit, metuitque qui talis eſt, vmbras, parietes, ipſos lapides, tan quam voces emitentes; omnia obſervat, omnes habet ſuſpectos, famulos, vicinos, amicos, hoſtes, eos, qui norunt omnia, eos, qui nihil norunt*; porque ſu miſma conſciencia los eſtá acuſando, que es el mayor tormento de los delinquentes, como dixo *San Aguſtin en el Pſalm. 45. Inter omnes tribulationes humanæ animæ, nulla eſt maior tribulatio, quam conſcientia delictorum*, y eſto es permiſion Divina, como lo dixo en el *26. del Levit.: dabo pavorem in cordibus eorum, terrebit eos ſonitus folij volantis*: y mas á el propoſito, *& ita fugient, quaſi gladium, cadent nullo perſequente*, y Salomon en el 28. de los *proverb. fugiet impius nemine perſeqnente*, porque eſte juzga que ſiempre le amenaza el rieſgo, y aun lo mas ingenuo conſidera en ſus temores alevoſo, como dize *Job, 15. Sonitus terroris ſemper in auribus illius, & cum pax ſit ille ſemper inſidias ſuſpicatur*; como ſucediò en eſte hecho, pues ſu miſmo delito les obligò à rezelarſe, y manifeſtarſe reos, á los que no los diſcurrian delinquentes, y aſſi ſiguiendolos los Miniſtros les hizieron con las armas de fuego reſiſtencia, en cuyos terminos ofrezco no ſer dilatado.

243. Mirò el derecho con rigor eſte delito, conſiderandolo como agravio de las leyes, ò como deſprecio de la Juſticia, cuyo reſpecto, es la paz, tranquilidad, y quietud de las Republicas, porque en faltando la veneracion á los Miniſtros fla-

flaquéa el fundamento en que se mantiene su mayor seguridad: *leg. in defensoribus 4. cod. de defensorib. leg. semper 5. ff. de iure immunit, leg. 19. §. 7. ff. de capt, & postlim. Basilico decis. 10. per totum, Dominus Larrea allegat. 63. ferè per totam*, y falta todo el regimen del estado politico, como dixo *Cicer. lib. 3 de leg. sine obedientia, nec domus vlla, nec Civitas, nec gens, nec hominum universum genus stare, nec rerum natura, nec ipse mundus posset*, que es la mayor exageracion que puede dezirse, porqe este respecto, y esta obediencia son el alma de la Republica, el espiritu que la mantiene, los subditos en paz, y en vnion, y sin ellos es vn puro riesgo, y vn repetido peligro; que al intento Seneca en el *lib. de Clement. cap. 40. illud enim est vinculum, per quod Respublica cohæret; ille spiritus vitalis, quæ hoc tot milia trahunt nihil ipsa per se futura, nisi onus, & præda, si mens illa imperij subtrahatur*; y assi dixo Justo Lipsio *lib. 2. civilis doctrinæ: cap. 1.* que es tanta la precision, y necessidad en este orden de Ministros, y subditos, de obedecer, y mandar, *vt hoc vnum fulcrum sit rerum humanarum*, porque este es el formal, y essencial instrumento del bien comun, y faltando, demos por acabada la Justicia, como dixo San Augustin *de Civitate Dei lib. 4. cap. 4. quid sunt Regna sine iustitia, nisi aperta latrocinia*, y assi es vno de los graves delitos que se cometen.

244. Por lo qual las leyes, atendiendo estos inconvenientes, con eficia mandaron la obediencia: *cap. vt debitus honor 59. de apellat. leg. 3. §. 1. ff. quod metus causâ, leg. observandum 19. ff. de officio Præsidis leg. cui muneris 12. ff. de muneribus, leg. fin. in princip. cod. quando provocare.* Y con severidad castigaron el desacato, como lo denotan las palabras de San Pablo *cap. 13. Qui resistit potestati Dei ordinationi resistit, qui autem resistunt, sibi ipsi damnationem adquirunt*, mirando en la palabra *damnationem*, â la pena, assi temporal, como eterna; como dizen los mas expositores: *Tùm ab ipsa potestate temporariam, tùm a Deo æternam in inferno*, y con la misma eficacia el Apostol San Pedro en la Epistola 1. *cap. 12.* dize estas admirables palabras: *Subiecti igitur estote omni humanæ creaturæ propter Deum, sive Regi, quasi præcellenti, sive ducibus, tanquam ab eo missis, & probatur ex cap. 2. de maioritate, & obedientia cap. omnis anima de censibus, cap. qui resistit 93. 11. quæst. 3. cap. magnum*

11. *quæst.* 1. *cap. iungamus* 94. 11. *quæst.*.3. con otros muchos referidos por el señor Gonçalez *in dicto cap. omnis anima*, *&* *in cap. solitæ de maioritate*, *&* *obedientia*, *Barbos. in ijsdem capitib. Dñs. Larrea alleg.* 63. *per totam.*

245. Y expressamente lo ordenaron las leyes de las 12. tablas: *iusta imperia sunto eis que cives modestè*, *&* *sine recusatione parento*, y mas claro: *Magistratus nec obedientem civem multa, vinculis, & verberibus coercento: Cicer. de legibus lib.* 3. *Tiraquello de nobilitate cap.* 28. *num.* 5. *leg.* 2. *de legib. leg. non videtur* 167. *ff. de regulis iuris*, y assi las leyes de nuestro Reyno lo ordenaron, y dipusieron, *leg.* 1. *tit.* 13. *part.* 2. *leg.* 16. *eodem*, *&* *ibi Gregor. Lopez*, *&* *Mascardo en la ley* 1. *tit.* 16. *part.* 2. *leg.* 1. *&* 2. *leg.* 3. 4. *&* 5. *cum leg. vltima tit.* 22. *lib.* 8. *recop.* *&* *Azev. in dicta leg.* 5. *&* *probatur ex leg.* 5. *tit.* 12. *lib.*8. *ordinam.* donde latissimamente Diego Perez habló en esta materia, *Farin. quæst.* 32. *num.* 86. *&* *Mastrillo de Magistratib. lib.*5. *cap.* 3. *per totum*, *&* *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 24. *Bobadilla in politica lib.*3. *cap.* 1. *per totum*, *Narbona cum alijs in leg.* 20. *tit.* 1. *lib.* 4. *recop. glos.* 18. *ex num.* 1. *Dominus Larrea allegat* 63. *per totam Dominus Amaia in leg. prohibitum* 5. *cod. de iure fisci num.*6. *Pedro Greg. de republic. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 20. Y assi se debe considerar quan grave sea este delito, pues no solo se ofende los Ministros, sino es que se vulnéra la Republica, como dize el mismo *Pedro Greg. vbi proxime.*

246. Esta resistencia no tiene efugio, ni excepcion alguna; porque yendo los Ministros en su mismo territorio, donde son conocidos, con las varas de Justicia, que los manifiestan, como dize la ley *decernimus ff. de aquæ duct. vt huiusmodi annotatione manifesti sint omnibus*, no se les puede resistir, *vt ait Cassaneo in consuet. Burgun. rub.* 1. §. 7. *num.*13. *Azevedo in leg.* 5. *tit.* 22. *lib.* 8. *recop. num.* 5. *&* 6. *Iulio Claro* §. *fin. quæst.* 29. *Farin. vbi supra num* 31. *&* 37. *Boerio decis.* 170. *num.* 5. *Bovadilla vbi supra num.* 51. *Narbona vbi supra*, *num.* 79. *Mastrillo vbi supra num.* 106. *cum sequenti*: porque llevando la vara denotan la jurisdicion, y esta insignia es la que le dá la prerrogativa, y á la que se debe atender, y mirar, para no perderles el respecto, ni resistirles.

247. Y es tal la eficacia, y soberanía de vna vara, re-

pre-

presentacion de la Justicia, que aun las mismas piedras la obedecen, como consta del *cap.20.Numer.*donde dixo Dios á Moyses: *Tolle virgam, & congrega populum tuum, & Aaron frater tuus, & loquimini ad petram coram eis, & illa dabit aquas*; hizolo Moyses, y obedeciò la piedra, que vna voz de vn Ministro, y con vna vara, insignia de la Justicia, aun á la mas insensible piedra haze obedecer, ò aun la mas dura piedra enseña á los hombres esta obediencia.

248. Pero permitame V.S. que haga desto mismo dos discursos, vno para los Ministros, y otro para los subditos: què deben entender los Ministros, que esta preeminencia, esta prerrogativa, y authoridad, la tienen en la vara, para la Justicia, pero no tienen la vara para opresion de los subditos, ni para vexarlos, ni molestarlos, como continuamente se está oyendo, y sepan, que si V.S. los ha de defender injuriados, los ha de castigar atrevidos, y esto se manifiesta del mismo texto; en que castigò Dios á Moyses porque excediò; diòle la vara, y mandòle que levantase la vara, y hablase, y Moyses, no solo levantò la vara, sino es que hirió dos vezes la piedra, y aun motejaron á los de el Pueblo excediendo, y assi los castigò Dios, y dá la razon el *Abulens.* en el *cap.* 20. de los Numeros: *quæst.* 5. *ideo factum propter inobedientiam, quia deviaverunt a forma mandati Dei; mandaverat enim, quod loquerentur ad petram, ipsi atem relicto hoc, inceperunt increpare multitudinem*; y assi no han de fundar en la vara su altivez, ni tomarla por instrumento de sus desseos; que es dolor, señor, que el origen de la razon sea parte para la injusticia, y que donde ha de nacer la Justicia, dimane tan á descubiertas la sin razon, como dize la ley *meminerint, cod. vnde vi cap. penult. de pænit.* Concilij *Trident.sess.* 24. *latè Valençuel. cons.* 161, *n.* 85. *& cons.* 153. *n.* 140. *Solorçano emblem.* 52.*n.*25.pero no porque el Ministro exceda, se entienda, que se les puede, ni debe resistir, que para esso tiene el recurso al Supremo Tribunal de V.S. donde reformará, y castigará los sobervios excessos de los Ministros, *vt constat ex leg. si quis fortè* 6. §. *si quos ff. de pænis leg. omne* 12.*cod. de officio* Rect. Provinc. *leg.* 3. *cod. quorum appellat. Maranta de ordine iudit. part.* 6. *num.* 182. *Iulio Claro* §. *fin. quæst.* 29. *versicul. sed hic incidenter, Farin. & Bovadilla*, y otros que junta el señor *Amaia vbi supra num.* 8. pues el

 res-

respecto se les debe, no por si, sino es por la representacion que llevan.

249. Es admirable, á mi entender el lugar del Padre Marquez en su Governador Christiano *lib. 1. cap. 18. §. 2.* que quando algun Angel, en la ley antigua, era embiado con alguna legacía, ò algun ministerio, no entrava diziendo, que era Angel, sino es: *ego Dominus*, denotando la representacion que llevaba, para que el respecto, y veneracion, que quizás, como Angel no le darian, se la tributassen, por la representacion, y voz que llevaba, que esta es la que constituye en mas gravedad el desacato, y assi á los Ministros, con la voz, y la insignia de Justicia, se les debe la atencion, por lo que representan, considerando en el desacato cometido contra ellos, la ofensa á el superior, como dize la ley 1. §. *item ff. de iniurijs §. patitur, & §. servis instit. de iniurijs*; y assi es gravissimo este delito, y mas quãdo los Ministros deste hecho no excedieron, ni provocaron, aumẽtandolo el ser hecha esta resistencia con armas de fuego de las prohibidas por las leyes del Reyno, y por la nueva pragmatica, justificado con la deposicion de dos testigos de vista, que son los dos Ministros, con que han incurrido en las penas legales.

250. Pero ya se viene á la memoria la objeccion, y reparo que he visto hazer à muchos Abogados, en el Supremo Tribunál de V. S. y es que este delito no está probado, segun la real pragmatica, pues la probança que requiere, es la aprehension real, verificada con la fé del Escrivano, ibi: *bastando solo para la probança contra el reo, la aprehension, y constando por fé de Escrivano*, con que no constando en este hecho de aprehension real, ni fé de Escrivano, no tiene la prueba legitima, y assi no incurre en pena, porque como es esta materia odiosa, se ha de restringir, quo minus lædat, y á ampliar á favor de los reos: *leg. penult. ff. de pænis cum vulgatis.*

251. Para cuya solucion, y reparo tan contra la mente de la pragmatica, hemos de suponer la prohibicion tan antigua de estas armas, que leyendose la pragmatica, se evidecia la mente, porque *incivile est nisi tota lege perspecta aliqua eius particula proposita vel iudicare, vel respondere*, teniendo siempre presentes la mente de la ley mas que sus palabras: *scire leges non est verba earum scire, sed mentem eius tenère*; y siendo la mente de la ley

cvi-

evitar con rigor, y extinguir el pernicioso vso destas armas tan alevosas, y tan traydoras, perturbadoras de la paz, y sossiego, como lo dize la misma pragmatica: *que las pistolas, y arcabuzes menores de vna vara de medir, y quatro palmos de cañon, turban la paz, y quietud de los Reynos, y los tienen sin sossiego, ni seguridad, porque son armas traydoras, y alevosas que matan, y ofenden seguramente, y sin riesgo, y ponen en muchos a todos.* Y como el objecto principal de los Monarcas, es mantener sus Reynos en quietud, y sossiego, como lo dize la misma pragmatica, *y ser de nuestra obligacion Real mantener en paz, quietud, y vnion a nuestros vassallos:* es precissa la prohibicion destas traydoras armas; porque qué importa los Exercitos contra los enemigos, si dentro de las murallas está otro daño, como dixo *San Ambrosio in casum contra exteriores inimicorum campos bellum geritur, si intra vrbis mœnia ius insidians habetur.* Qué importa la prevencion en la campaña, si la invasion está dentro de casa, como dixo *Valer. Maxim. lib. 20. cap. 9. Quid enim prodest foris esse strenuum, si malè domi vivitur? expugnentur licet Vrbes, corripiantur gentes, iniciantur manus, nisi foro, & curiæ officium, ac sua verecundia constiterit, partarum rerum æquatus Cœlo cumulus sedem stabilem non habebit.*

252. Assi su Magestad (que Dios guarde) en esta pragmatica prohibe este genero de armas, renovando, ò suscitando, y mandando poner en execucion las leyes, y pragmaticas, que antecedente dispusieron lo mismo, como son la ley 8. & 12. *tit.* 6. *lib.* 8. *recop.* y en la ley 15. *tit.* 23. *lib.* 8. *recop.* y la ley 16. *eodem tit. & ibi*: y en la 17. se manda guardar todas las dichas leyes, y lo mismo se ordenò por el vando que se publicò en el año de 1685. como despues, en el de 87. en 13. de Enero se promulgó nueva pragmatica sobre lo contenido; y aunque se promulgaron, y publicaron, se abusò desta ley; y oy nuevamente con mas rigor, como mas necessario, se bolviò á revalidar dichas leyes, y pragmaticas, por la vltima que se publicò en 18. de Julio del año de 1691. que es sobre la que se habla, cuya mente prohibiendo vn vso tan pernicioso, se agravò, assi en las penas, como se adelantò en el modo de la probança, por ser la calidad deste delito en todo detestable.

253. Con tan graves insultos, como resultan de estas armas,

 ha

ha sido siempre igual el desseo de extinguirlas, considerando muy proprio deste genero de armas, lo que dixo el Pontifice, prohibiendo el vso de los sagitarios: *Artem illam mortiferam, & odibilem ballistariorum, & sagittariorum adversus Christianos, & Catholicos exercèri: decœterò sub anathemate prohibemus; in cap. 1. de sagit. & ibi Dominus Gonçalez.* Y aunque este habla en terminos de sagitarios; mas debe entenderse en estas armas, aunque no faltan decissiones Pontificias condenandolas, como consta de la constitucion de Pio IV. que dize: *Nos propterea volentes proditorium, & abominabile, & detestandum armorum genus huiusmodi penitùs, & omninò destruere; ac ab alma Vrbe, alijsque terris nostris prædictis in totum eliminare.* Y otra mas clara de San Pio V. que dize: *Quia experientia cognovimus, quamplura ex armis brevioribus, quæ occultè deferre possunt, & ad necem inferendam aptiora, & ferè inevitabilia esse videntur, in dies committi, & perpetrari inhærentes vestigijs Pij Papæ IV. prædecessoris nostri, qui volens proditorium, & abominabile, & detestandum armorum genus huiusmodi penitùs, & omninò destruere, &c.* Cuyas decissiones refieren Pedro *Greg. de Rep. lib. 9. cap. 1. num. 19. vers. Ioannes: Peguera decis. 56. num. 9. Farin. quæst. 108. num. 52.* De que se evidencia lo horroroso del arma, pues de su herida rara vez se libra la vida; monstruo horrible, y enemigo del linage humano, pues ni de noche, ni de dia pueden librarse de sus iras; que á el intento *Virgil. lib. 4. de sus Eneid.*

Monstrum horrendum, ingens: cui quot sunt corpore plumæ
Tot vigiles oculi subter (mirabile dictu)
Tot linguæ totidem ora sonant, tot subriget aures
Nocte volat Cœli medio terræque per vmbras
Stridens, ne dulci declinat lumine somno
Luce sedet custos, aut summi culmine tecti
Turribus aut altis, & magnas territat vrbes.

Instrumento diabolico le llamò *Tiber. Dec. lib. 8. cap. 2. num. 18. Diabolicum certè inventum ad destruendum genus humanum quo violatur ignis, pila propellitur aer quoque qui crepat, & fumo ofuscatur, & magnum emittit tronitum terra quoque tremit*; y lo que mas exclama el mismo, que el animo mas valeroso puede ser

des-

despojo del mas femenil aliento, *atque miserandum est, vel avili fămella, & puero potest strenuus dux, & qui impiger miles occidi.*

254. Cuyos cobardes efectos los insinua la misma pragmatica, deducida su regla de la ley 17. *tit.* 23. *lib.* 8. *recop. ibi: Y considerando tambien, que el vso de los pistoletes embilece, y accobarda lōs animos, ocasiona alevosias, por ser de suyo esta arma traydora, y de cobardes*, pues solo sirve para disimular la cobardia, pues olvidando lo que el valor permite; se pone la fuerça en este traydor instrumento, que ya se vé tan vsado; quantos son frequentes los estragos; como con elegancia lo dize Polidoro Virgilio *lib.* 2. *de invent. rer. cap.* 11. *ex quo iam vsu venit, vt in ea hoc tempore, omnis fermé vis peditum, omnis equestris splendor, omnis deniquè virtus in decòre consistat, iaceat, obturpeat*, y assi se considera alevosa; y proditoria, porque quita; y niega la defensa, como consta de las leyes de nuestro Reyno supra citadas y la ley 51. *tit.* 19. *lib.* 8. *ordinament. vbi laté Diego Perez*, y por vltimo de este instrumento, su reprobacion, y malas consequencias tratan latamente *Iber. Dec. vbi supra*, *Peguera decis.* 56. *num.* 7. *Far. quæst.* 108. *num.* 52. & *cons.* 136. *num.* 3. *lib.* 2. *Pedro, Caballo casu* 88. *num.* 7. *Giurb. cons.* 98. & *cons.* 100. *n.* 5. y en las observaciones, *observ.* 45. *num.* 1. *Narbona in leg.* 20. *tit.* 1. *lib.* 4. *recopi glos.* 12. *num.* 18. *Bobadilla lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 97. con los que alli cita.

255. Y assi con justissima razon se han prohibido; y prohiben estos instrumentos, ò armas, cuya herida es tan efectiva, tan vehemente, y mortal, que apenas tiene otra comparacion; sino es la del rayo, pues produce los mismos efectos, de quien dixō *Seneca lib.* 2. *natural. quæst. cap.* 20. *Quid ergò mirum si tanta vis ignem excurrit, vel aliundè, vel sibi? vides enim quantum fervorem sensura corpora sunt horum transitu trita, examinata.* Y en esta misma comparacion, ò similitud, induce Virgilio *lib.* 6. de sus *Eneid.* á Salmonéo, que dizen muchos Authores que fue el inventor de estas armas.

Vidi, & crudeles dantem Salomnèa pænas
Dum flammas Iovis, & sonitus imitatur Olimpi.

Como con su acostumbrada erudicion dize Solorçano en la emblema 3. desde el principio, y aun parece, que en las Divinas letras, se haze mencion desto: *Ibunt directé emmissiones fulgurum, & tanquam ab enecurvato arcu exterminabuntur, & ad certum locum insilient, & apetrosa ira plenæ mittentur glandines; sapiet. cap. 5. vers. 29.* pues tal fue la eficacia de su fuego, como dixo *David lib. 2. Regum cap. 22. Missit sagittas, & dissipavit eos, fulgur, & consumpsit eos*, y en el *Psalm. 47. fulgura multiplicavit, & conturbavit eos.* Pues no ay mayor inquietud, ni mayor rezelo, que es con el temor destas armas, como dize la misma pragmatica.

256. Para extinguir este mortal veneno, provido el cuydado Real, ocurre al riesgo, y considerando, que muchas vezes se fraudaria el intento con la dificultad de la probança, que requiere por derecho, ò de testigos, ò de confession; como tan latamente tenemos dicho, extendió este nuevo modo de probança, para que no se evadiessen de las penas los transgressores, y assi dize: *baste solo para prueba la aprenhension, &c.* No deroga, ni quita las demàs probanças del derecho, porque alli la palabra *solo* no está como taxativa, sino es como explicativa, como diziendo, aunque no aya probança de las regulares, baste solo esta, que otra cosa fuera, si dixera: *y sea solo la prueba de este delito la aprehension, &c*, Pero poniendo la clausula, como la pone, no tiene disputa, y aunque no haze mencion de las otras, se deben entender, segun la mente, porque, como dize la ley 102. *ff. de condit. & demonst. plusquam dictum, quam scriptum inveniretur.*

257. Mas; que si la mente de la Real pragmatica es el extinguir este abuso, y castigar los delinquentes, ciñendo solo á este modo de probança el delito, era veneficio de los delinquentes, lo que mira á moderar sus desordenes, y assi no deroga las demás probanças, ni las quita, sino es á estas le añade esta nueva; y esto lo confirma, porque manda observar las demás leyes que no las derogan, refiriendose á ellas, y quando la ley mira á poner remedio á el caso de qué habla, debe en ella suponerse todos los medios para el remedio: *cap. quia de iudicijs, cap. ex multa de voto, leg. 1. in princip. & §. ex hoc ff. de ventre inspiciend. leg. negantes, cod. de obligat. & action. cap. conquæstus de foro*

foro competenti clement. 1. de iur. iurand. & expressè leg. fin. cod. de donat. y las leyes siempre suplen vnas á otras, quando se mira á vn mismo fin, y quando se evidencia la mente, y ay vna mismo razon, *leg. illud. ff. ad legem Aquil. leg. 1. & 2. & ibi glos. cod. de bonis quæ liber. leg. non est novum, cum leg. sequent. ff. de legib. Menoch. consil. 150. num. 44. Franquis decis. 435. num. 24. Mantic. de tacitis, & ambiguis convent. lib. 23. tit. 34. num.* 18. Principalmente militando la misma razon, que entonces no es extensiva, sino es comprhensiva: *leg. libertum 64. ff. de ritu nuptiarum leg. statu liberi, §. Quintus Mucius, ff. de statu liber.* con todo lo que juntò Solorçano, *lib. 2. de iure indiarum cap. 18. num.* 39. que de otra, suerte virtus legis innanis redderetur, porque de las mismas circunstancias, y razones se produce el mismo efecto: *leg. fin. cod. de indicta viduitat. tollend. leg. curatorem cod. de interdict. matrimon. Farin. in fragment. part. 1. lit. E. Barbos. in leg. maritum ff. soluto matrim.* con todo lo que junté y dixe en el número 134. deste informe.

258. Y como siempre se debe evitar el fraude de la ley, que siempre en el efecto en que se halla, está hablando: *leg. non dubium, cod. de legib. leg. Arriam in fin. cod. de hæretic. cap. erit autem, lex 4. distinct. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 16. num.* 19. averiguandose, ò justificandose el caso en ella, contenido, cessa toda la duda: *leg. Ancillæ cod. de furtis leg. illam, cod. de collat. Valençuela consil. 61. num. 22.* y no admitiendo la probança de testigos en este hecho se frustraría repetidas vezes la ley, y su mente, y para que pueda surtir efecto, se admite, y debe ponerse la interpretacion, etiam per supletionem verborum como dize Sarmiento *lib. 1. selectar. cap. 12. num. 8. ex leg. in tali, ff. de iure dotium, leg. si in diem, ff. de condit. & demonstract.* y mas claro la ley 3. *si quis hæredi, ff. de statu liberi.* En donde aun en terminos de palabras mas claras, se desprecian, para no hazer illusoria la mente de la ley, y assi no se han de restringir las palabras para ir contra su mente como dize la ley *non dubium, cod. de leg. non dubium est in legem commitere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem, leg. 2. §. non solum ad Senatum consult. Tertul.* y no se debe admitir, ni oír alque con modos exquisitos, ò con sophisterías quiere defraudar la ley: *leg. ita fidei, ff. de iure fisci, ibi: imò in priori specie maiorem fraudem ex-*

excogitasse videtur, qui non tantùm legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, lo qual se debe obviar, *ex textu in leg. si longiùs, §. si filius familias, ff. de iudicijs, leg. si prætor eodem:* donde dize el consulto, dando la razon, *alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta, & decreta Prætorum, cum textu in leg. 1. §. 1. ff. Nautæ caup. vel stab.* y assi aunque en la Real pragmatica no se haga mencion de otras probanças, no constando lo contrario, siempre que las huviere, incurre en ella, y en sus penas, como dize la ley *si quis adulterium, §. pen. ff. ad legem Iuliam de adult. ibi: verbis non tenetur, sed tamen dicendum est, vt teneatur, ne fraus fiat,* y sobre todo para esto son muy escogidos el lugar de Valençuela, *cons. 62. num. 21. cum sequent.* y el de Sarmiento vbi supra: *& latissimè Tiber. Dec.* en termioos iguales á la Real pragmatica, *lib. 8. cap. 4. per totum.*

259. Con que, como solo se mira á extinguir este abuso, siempre que constare el transgressor, debe ser castigado, y en esto oy no ay duda, con la nueva decission de el Real, y Supremo Consejo de Castilla, que aviendo hecho consulta la Chancilleria de Granada sobre esto, respondiò, diziendo como llevabamos dicho, y assi està plenamente justificado, porque aunque quieran oponer la tacha de que son Ministros, cessa esta razon, porque no depusieron contra persona cierta, ni determinada, ni de esta causa esperaban vtil, ò provecho alguno, que es lo que oponen los Authores, como se puede ver en Tiber. Deciano vbi supra *ex num. 6.* y assi no obsta.

260. Hasta aqui, señor, pudo correr lo debil de mi discurso, en la ponderacion de tantos, tan repetidos, y graves delitos, á la justicia de V. S. recurren la vindicta publica, y los oprimidos, por satisfaccion, y por amparo, experimentando, como siempre, que el rigor de V. S. se exercita en los facinerosos, si su piedad se esmera en los afligidos, en ninguna, como en esta causa debe manifestarse toda la severidad de la Justicia, por qualquier parte que lleguen los atrevidos reos, hallen el filo que corte sus atrevimientos, vean en las manos de V. S. aquella espada, por vna, y otra parte afilada; porque en todas partes hallen el castigo de sus delitos, y conozcan todos, que hallan en V. S. los oprimidos defensa, y los delinquentes castigo.

De estos efectos conozco, por qué diò Dios á Ezequiel,

cons-

constituyendole Juez, dos caras: *Ezequiel 3. vers. 9.* y aunque parece, que es ageno, ò desdoro, como vulgarmente dizen: hombre de dos caras, lo que es en vn particular vileza, es en vn Juez providencia, *vt adamantem, & silicem dedi faciem tuam*, cara de diamante, y cara de pedernal, què distincion tan opuesta, pero muy del proposito, pues la naturaleza de cada piedra lo denotan; llega el golpe à el diamante, y despide resplandores, que divierten; llaga el golpe al pedernal, despide rayos que atemorizan, pues assi ha de ser el Juez; diamante, y pedernal, llega el golpe de la quexa del oprimido despide luzes, que le consuelen, llega el golpe del delito, despide rayos que le consuman, oye á el afligido resplandores que le alienten, oye á el delinquente, centellas que le abrassen, lastimase el injuriado, claridades que le amparen, vese el facineroso, fuego que los extinga. Esto se vé executado en el Supremo Tribunal de V.S. donde hallan los oprimidos alivio, quãdo castigo los reos: nunca mas que aora ha de vibrarse el rigor de V. S. para que resplandezca su Justicia en estos reos, y que ellos mismos en el infame suplicio de sus delitos sean la ley viva, que con su exemplo amonesten á los demás, y en el mismo como Phlegias prorrumpan, diziendo:

Phlegiasque miserrimus omnes
Admonent, & magna testatur voce per vmbras
Discite iustitiam moniti, & non temnere divos.

Virgil. lib. 6. Eneid. Pues todo se espera de la Soberana Justicia de V. S. para la quietud, y sossiego de tantos temores, y satisfaccion de la vindicta publica.

En vista de la causa, y de los informes, se pronunciò la sentencia el dia 17. de Diziembre del año passado de mil seiscientos y noventa y seis, condenando á Don Gaspàr de Yelbes, á Gabriel Zapata, á Bernardo Gonçalez, y á Andrés Fernandez, en la pena ordinaria de muerte de horca, y despues, que hechos quartos se pusiessen por los caminos; á el Alferez Don Salvador Pilares, en diez años de Galeras, y á Francisco Martin Cabello, y Joseph de Escudero, en seis años de Presidio;

siendo Juezes en esta causa, los señores Licenciados Don Andrés de Miranda Ossorio, Alcalde más antiguo, y Presidente, Don Clemente Guimbarda, Don Antonio Fernando Maria de Milán, y Don Joseph de Soto Guebara; y para que no faltase en el acto circunstancia da atencion, y respecto (aunque sin voto, por la dignidad de su estado) assistiò el señor Licenciado Don Fernando Garcia Bazán, señor Regente de esta Real Audiencia; que á el ver el Supremo Tribunál con tal cabeza, y con tales Juezes, se me ocurriò lo que dixo Basinio in proemio.

Hinc te circumstat doctorum magna virorum
Copia

Atendiendo en todos vn conjunto de relevantes prendas; Justicia, Piedad, Sabiduria, Rectitud, Integridad, y prudencia, diziendo yo lo que dixo mismo Basinio:

Omnia sunt in te, cuncta hæc complecteris vnus.

Dignos de publicas alabanças, quando tanto se desvelan en la administracion de Justicia, que dixo la ley: *& virtutum cod. de statuis, & imagin. leg. iustissimos, cod. de officio rect. Prov. & publicis acclamationibus collaudari, vt honoris eis auctiores deferantur processus*; y assi lo dixeron los Emperadores, Arcadio, y Honorio *in leg. vnica de muneribus, & honoribus. Qui ex quæsturæ honore, aut officiali migisterio, aut comitivæ vtriusque ærarij nostri, attonito splendore viguerunt, acclamatione excipiantur solita, nec prætereantur, vt in cogniti.* Permitame V. S. que diga, que es credito de nuestro invicto Monarca, tener en su Tribunal tales Juezes, como dixo Casiodoro *lib. 4. epist. 3. ad ornatum Palatij nostri credimus pertinère aptas dignitatibus personas eligere: quia de claritate servientium crescit fama Dominorum. Tales enim provehere Principes decet;*

vt

vt quoties procerem suum fuerit dignatus aspicere, toties se cognoscat recta iudicia habuisse.

Pero donde voy, señor, con el tosco pinçel de mi pluma, á delinear empeños tan crecidos, y sirva á mi desempeño lo que dixo Porcelio en estos elegantes versos:

Si mihi nunc esset veterum facundia vatum:
Si decus, & vires, & maxima lingua Maronis
Altiloqui, si cuncta forent, si clara Catonis
Cognitio, & priscos superarem voce Poëtas:
Non æquare tuum facundia nostra vigorem,
Nec meritò posset tua facta reponere cantu.

Hizo relacion desta causa el Licenciado Don Francisco de Lossada, y Ledesma, Relator de lo criminal, con la energia, puntualidad, claridad, y legalidad que siempre ha manifestado; siendo Escrivanos tres, que no bastò vno, para el dilatado volumen de esta causa; Francisco Gutierrez, Miguel Antonio Vejarano, y Bernardino de Almoguera, cumpliendo con zelo, y puntualidad; pero qué mucho, señor, Ministros de V. S. que por la regla de sus operaciones nibelan el acierto de las suyas: que es lo que dixeron los Romanos de Alexandro Severo: *Omnes rectè faciunt omnia, quia tu rectè imperas.*

Estos son, señor, los fundamentos que mi cortedad pudo discurrir para esta causa, y que V. S. honrando mi desseo, fue servido mandarme diesse á la estampa, no me ha de faltar el merito en la obediencia, con los rezelos de la desconfiança; pero fuera mayor, culpa el resistirlo, como consta en el *lib. 1.* de los Reyes: *cap. 15. Quasi peccatum ariolandi est repugnare, & quasi scelus nolle adquiescere.* Sacrificando mi obediencia he executado el precepto de V. S. juntando en este informe las doctrinas de los Authores mas clasicos, que teniendo en él muy poco mi discurso, lo debo todo á sus doctrinas, ni que pudiera discurrirse, que no esté escrito: *nil dictum, quod non dictum, priùs*; pero algo avrá que yo aya discurrido, por no incurrir en lo que dixo Seneca: *Pigri*

igenij est contentum esse his rebus quæ ab alio inventa sunt; pero de la trama fina, y sutil de los discursos de los Authores he fabricado la tela de mi discurso, que dixo San Agustin: *quæst. de Trinit. cap. 3. stamina, & fila nonumquam ponunt priores, vt posteriores, inde vestem conficiant*, y esto haze, que con menos rezelo pase á poner en manos de V. S. este informe, diziendo lo que Plinio *lib. 7. epist. 4. & tamèn non de meo sed aliorum iudicio loquor*, y esta es la principal defensa en mi abono, como dixo Seneca *epist. 33. at cum á veteribus dicta referimus, ipsorum Authorum dignitate defendimur*.

Cumpliendo con mi obligacion, lo pongo á la Soberana censura de V. S. en ella ha de merecer, que atienda á el desseo, y no á el assumpto, pues es el que consagro como dixo Ovidio.

Quod si digna tua minus est mea pagina laude
At voluisse sat est: animum non carmina iacto.

Porque, aunque no lleve los quilates de erudito, lleva el precio de la voluntad, como dixo Salviano *in præfat. ad lib. de gub. Dei: etiam si efectum non invenerit incepti operis habet tamen prætium voluntatis*, y mereciendo yo la aprobacion de V. S. conseguiré la mayor felicidad para mi empeño, como dixo el mismo Porcellio.

Interéa hoc munus tibi si placuisse tuisque
Agnoscam, hac vna sorte beatus ero.

Logren otros los elogios, que yo solo aspiro á el perdon de lo molesto, como dixo Plinio, *lib. 9. epist. 29. Laus potiùs speranda, quam venia obsecranda est, mihi tamen venia sufficit.* Sevilla, y Março 27. de 1697.

Lic. Don Manuel de Fuentes
Soto-Mayor y Peralta.